

[نالت هذه الرسالة شهادة العالمية من درجة أستاذ ، الدكتوراه ، من
كلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر بتقدير امتياز مع مرتبة الشرف
الأولى وتبادلها مع الجامعات الأجنبية] .

تمهيد

أولاً - التعريف بالمصطلح :

- ١ - المصلحة في اللغة .
- ٢ - المصلحة في الشرع .

ثانياً - نفعيات المصالح :

- ١ - من حيث اعتبار الشارع .
- ٢ - من حيث قوتها في ذاتها .
- ٣ - من حيث العموم والخصوص .
- ٤ - من حيث الثبات والتغير .

أولاً : التعريف بالمصلحة

١ — المصالح في اللغة :

الذي يؤخذ من تتبع كتب اللغة أن المصلحة تطلق بإطلاقين^(١) :

(١) انظر في معنى المصلحة لغة المعاجم الآتية :

١ - جاء في أقرب الموارد ج ١ ص ٦٥٦ أن « المصلحة ما يترتب على الفعل ويبعث على الصلاح ، يقال : رأى الإمام المصلحة في ذلك ، أى هو مما يحمل على الصلاح ، ومنه سمي ما يتعاطاه الإنسان من الأعمال الباعثة على نفعه مصلحة ، والجمع مصالح ، وهو من أهل المصالح لا المفاسد » .

٢ - وجاء في القاموس المحيط ج ١ ص ٢٧٧ « الصلاح ضد الفساد ، وأصلحه ضد أفسده والمصلحة واحدة المصالح ، واستصلاح نقيض استفسد » .

٣ - وجاء في أساس البلاغة ج ٢ ص ٢٣ « وأمر الله ونهى لاستصلاح العباد ، ورأى الإمام المصلحة في ذلك ، ونظر في مصالح المسلمين ، وهو من أهل المصالح لا المفاسد » .

٤ - وجاء في تاج العروس شرح القاموس ج ٢ ص ١٨٣ « الصلاح ضد الفساد ، ورأى الإمام المصلحة في كذا ، والمصلحة واحدة المصالح أى الصلاح ، ونظر في مصالح الناس ، وهو من أهل المصالح لا المفاسد ، واستصلاح نقيض استفسد » .

٥ - وفي مختار الصحاح ص ٧٥ « صلاح » الصلاح ضد الفساد ، والمصلحة واحدة المصالح ، والاستصلاح ضد الاستفساد » .

٦ - وجاء في المنجد ص ٢٨٦ « صلاح ، وصلاح صلاحاً... ضد فسد ، زال عنه الفساد ، كان صالحاً ، واستصلاح ضد استفسد ، والصلاح ضد الفاسد ، والمصلحة ما يبعث على الصلاح ، ما يتعاطاه الإنسان من الأعمال الباعثة على نفعه أو نفع قوميه . والجمع المصالح » .

٧ - وجاء في المصباح المنير ج ١ ص ١٥٧ « صلاح بالضم ضد فسد ، وأصلح أتى بالصلاح ، وهو الخير والصواب ، وفي الأمر مصلحة أى خير ، والجمع مصالح » .

٨ - وجاء في تاج اللغة للجوهري ج ١ ص ١٨٤ « صلاح » الصلاح ضد الفساد ، تقول صلاح الشيء يصالح صلوحاً مثل دخل يدخل دخولاً... والإصلاح نقيض الإفساد ، والمصلحة واحدة المصالح ، والاستصلاح نقيض الاستفساد » .

٩ - وجاء في المعجم الوسيط ج ١ ص ٥٢٢ « المصلحة الصلاح والنفع ، وصلاح صلاحاً =

الأول : أن المصلحة كالمنفعة لفظاً ومعنى ، فهي على هذا الإطلاق ، إما مصدر بمعنى الصلاح ، كالمنفعة بمعنى النفع ، وإما اسم للواحدة من المصالح ، كالمنفعة اسم للواحدة من المنافع .

الثاني : تطلق المصلحة على الفعل الذى فيه صلاح بمعنى النفع ، مجازاً مرسلًا ، من باب إطلاق اسم المسبب على السبب ، فيقال إن التجارة مصلحة ، وطلب العلم مصالحة ، وذلك لأن التجارة وطلب العلم سبب للمنافع المادية والمعنوية .

والمصلحة بهذا المعنى ضد المفسدة ، فهما نقيضان لا يجتمعان ، كما أن النفع نقيض الضرر . والمناسبة بين معنى المصلحة لغة ومعناها شرعاً مناسبة واضحة تظهر عند تعريف المصلحة عند أهل الشرع .

أما المنفعة فقد عرفها البعض بأنها اللذة تحصيلاً أو إبقاء . والمراد بالتحصيل جلب اللذة ، والمراد بالإبقاء المحافظة عليها^(١) .

== ولاحقاً زال عنه الفساد . وصلاح الشيء كان نافعاً أو مناسباً ، أصح في عمله أو أمره أنى بما هو صالح نافع ، وأصلح الشيء أزال فساده ، واستصلح الشيء تهيأً للصلاح .

١٠ — وراجع لسان العرب ج ٢ ص ٣٤٨ « والمصلحة الصلاح ، والمصلحة واحدة المصالح » .

١١ — ويقول الطوفي « أما لفظها (أى المصلحة) فهي مفعلة من الصلاح ، وهو كون الشيء على هيئة كاملة بحسب ما يراد ذلك الشيء له ، كالقلم يكون على هيئة الصالحة للكتابة به ، والسيف على هيئة الصالحة للضرب به . شرح الطوفي للحديث لا ضرر ولا ضرار . الحق برسالة المصلحة في التشريع الإسلامى ص ٢١٠ .

١٢ — ويقول الدكتور مصطفى زيد « أما علماء الصرف والنحو فقد قرروا أن المصلحة مفعلة من الصلاح بمعنى حسن الحال ، وأن صيغة مفعلة هذه تستعمل لمكان ما كثير فيه الشيء المشتقة منه ، فالمصلحة عندهم إذن شيء فيه صلاح قوى » المصلحة في التشريع الإسلامى ص ١٩ .

(١) انظر المحصول للرازى ١٩٤ مخطوط بدار الكتب .

٢ — المصلحة في التمرع :

عرض الأصوليون لتعريف المصلحة في موضعين. أحدهما : عند تعريف المناسب بأنه الوصف الذي يترتب على شرع الحكم عنده مصلحة ، فقالوا إن المراد بالمصلحة هو اللذة أو ما كان وسيلة إليها ، وقد أدخلوا دفع المفسدة في المصلحة ، فتطرقوا إلى تعريف المفسدة بأنها الألم ، وما كان وسيلة إليه ، ثم قسموا كلا من المصلحة والمفسدة إلى نفسى ، وبدنى ، دنيوى ، وأخروى^(١) . وهذا التعريف يتفق مع تعريف أهل اللغة ، فهم لم يقصدوا بالمصلحة معنى مغايراً لمعناها لغة ، فقد سبق أن المصلحة لغة تطلق حقيقة على المنفعة ، ومجازاً على السبب المؤدى إلى النفع .

وأما الموضع الثانى فهو عند الكلام على المصلحة كدليل شرعى . وفى هذا الموضع يجد الباحث تعريفات ثلاثة : أولها للغزالي الشافعى ، والثانى للطوفى الحنبلى ، والثالث للخوارزمى .

أولاً — أما الغزالي فقد عرف المصلحة بقوله « أما المصلحة فهمى عبارة فى الأصل عن جلب منفعة أو دفع مضرة ، ولسنا نعى به ذلك ، فإن جلب

(١) راجع شرح الغضد على مختصر المنتهى ٢ : ٢٣٩ حيث يقول « والمصلحة اللذة ووسيلتها ، والمفسدة الألم ووسيلته ، وكلاهما نفسى وبدنى ، دنيوى وأخروى » انظر أيضاً قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ١ : ١٢ حيث يقول « المصالح ضربان : أحدهما حقيقى ، وهو الأفراح والذات ، والثانى مجازى ، وهو أسبابها . وربما كانت أسباب المصالح مفسد فيؤمر بها أو تنهى ، لكونها مفسد ، بل لكونها مؤدية إلى المصالح ، وذلك كقطع الأيدي المتأكلة حفظاً للأرواح ، وكالحظارة بالأرواح فى الجهاد ، وكذلك العقوبات الشرعية كلها ليست مطلوبة لكونها مفسد ، بل لكون المصالح هى المقصودة من شرعها ، كقطع السارق ، ... وقتل الجناة ، ورجم الزناة ، وجلدهم وتغريبهم ، وكذلك التغزيرات ، كلها مفسد أوجبها الشرع لتحقيق ما رتب عليها من المصالح الحقيقية ، وتسميتها بالمصالح من مجاز تسمية السبب باسم السبب » ويقول أيضاً ، السابق ١ : ١٠ : « المصالح أربعة أنواع : الذات وأسبابها ، والأفراح وأسبابها ، والمفاسد أربعة أنواع : الآلام وأسبابها ، والغموم وأسبابها » .

المنفعة ودفع المضرة مقاصد الخلق ، وصلاح الخلق في تحصيل مقاصدهم .
لكننا نعني بالمصلحة المحافظة على مقصود الشرع ، ومقصود الشرع من
الخلق خمسة : وهو أن يحفظ عليهم دينهم ، ونفسهم ، وعقلهم ، ونسلهم ،
وما لهم . فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة ، وكل
ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة ، ودفعه مصلحة ، وإذا أطلقنا المعنى
المخيل أو المناسب في باب القياس أردنا به هذا الجنس ،^(١) .

والذي يؤخذ من تعريف الغزالي أمور ثلاثة :

١ - أن المصلحة في الأصل - ويعنى به العرف أو اللغة - جلب
النفع ودفع الضرر ، وهذا يتفق مع معنى المصلحة لغة ، إذ هي تطلق في
اللغة على جلب المنفعة مجازاً كما تطلق على المنفعة نفسها حقيقة ، ولما كانت
المنفعة والمضرة نقيضين ، كان دفع المضرة مصلحة أيضاً .

٢ - أن الغزالي لا يقصد بالمصلحة معناها العرفي ، وإنما يقصد بها
جلب نفع أو دفع ضرر مقصود للشارع ، لا مطلق نفع أو ضرر . ومعنى
هذا أن الناس قد يعدون الأمر منفعة وهو في نظر الشارع مفسدة ،
وبالعكس ، فليس هناك تلازم بين المصلحة والمفسدة في عرف الناس ، وفي
عرف الشارع ، أو بعبارة أخرى ، فإن المصلحة في نظره هي المحافظة على
مقاصد الشارع ولو خالفت مقاصد الناس ، فإن الأخيرة عند مخالفتها
للأولى ليست في الواقع مصالح ، بل أهواء وشهوات زينتها النفس ،
والبستها العادات والتقاليد ثوب المصالح . فقد كان أهل الفترة يرون
المصلحة في وأد البنات ، وحرمان الإناث من الإرث ، وقتل غير القاتل ،
وما كانوا يعتقدون أن في شرب الخمر ولعب الميسر وزواج الأخدان ،
ونسبة الولد إلى غير أبيه مفسدة . والقانون الروماني في أوج عظمته ، كان

يجوز للدائن أن يسترق مدينه في الدين ، وإذا كان هناك أكثر من دائن ، ولم يوجد من يرغب في شراء المدين ، فإن القانون أعطى للدائنين حق اقتسام جثة المدين . وما كان أحد في روما يرى أن في هذا الحكم مفسدة حتى جاء الإسلام بمبدئه العادل : « فإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة ، وأن تصدقوا خير لكم » .

والقانون الإنجليزي ظل قرابة عشرة قرون يرى أن المصلحة في حرمان الإناث من الميراث ، واستقلال الابن الأكبر بالتركة ، وأن الميراث كحجر إذا ألقى ينزل إلى أسفل ولا يصعد إلى أعلى ، ومن ثم فما كانوا يتصورون أن الأصول يأخذون نصيباً من الميراث^(١) . ولا زال القانون الأمريكي يرى المصلحة في إطلاق حرية الموصى ولو أدى ذلك إلى أن يوصى الشخص بكل ثروته إلى خليلته تاركا ورثته عالة يتكففون الناس . ولقد بدأ رجال الفقه والقضاء وعامة الشعب يحسون الخطورة والمفاسد التي تقترب على ترك هذه الحرية دون قيود^(٢) . وآخر مثل لعرض الأهواء

(١) وأخيراً وبعد أربعة عشر قرناً ، أخذ الإنجليز بمبادئ الشريعة الإسلامية ، فأشركوا الإناث في الإرث ، وورثوا الابن الأصغر ، وأصول الميت ، وآخر قانون قرر هذا كان في سنة ١٩٢٥ ، وكان الحال كذلك في معظم الولايات الأمريكية ثم عدلت عنه ، وهذا يدلنا على عظم الثروة التي بأيدينا ، وأن المصلحة فيما جاء به التشريع الإسلامي ، وإن بدأ البعض ضعف الإيمان أن المصلحة في التخلي عنه إلى غيره . راجع في ذلك بحثاً لنا مقدماً إلى جامعة نيويورك ، معهد القانون المقارن عنوانه : « الورثة في الشريعة الإسلامية والقانون الإنجليزي » ، حيث أثبتنا أن القانون الإنجليزي وصل في آخر تطوره وبعد أربعة عشر قرناً إلى ما بدأ به الإسلام . مجلة القانون والاقتصاد العدد ٢ س ٣٦ .

(٢) انظر رسالة تقدمت بها إلى جامعة نيويورك ، معهد القانون المقارن عنوانها : « القيود على حرية الإيضاء في الفقه الإسلامي والقانونين الأمريكي والإنجليزي » . وقد كانت هذه الرسالة بمثابة اقتراحات مقدمة لرجال القانون لتسكون موضع اعتبار عند النظر في تعديل قانون الوصية في أمريكا ، وذلك على أساس أن الاتجاه هناك إلى فرض قيود على هذه الحرية لمصلحة الورثة وحفظاً على الآداب العامة ، والشريعة الإسلامية قيدت حرية الموصى بما فيه مصلحة الورثة . واشترطت أن لا يكون الباعث على عمل الوصية غير مشروع ، ولا مخالفاً للآداب . مجلة القانون والاقتصاد العدد ١ س ٣٦ .

والشهورات في ثوب المصالح القانون الذي أقره مجلس العموم واللوردات الإنجليزى ، وهو يجعل اللواط عملاً مشروعاً لا ضرر فيه على الفرد ولا على الجماعة^(١).

من أجل هذا حرص الغزالى رحمه الله على التفرقة بين مقاصد الخلق ومقاصد الشارع ، وقرر أن المحافظة على الثانية ، وإن خالفت الأولى ، هي المصلحة الشرعية .

٣ - قرر الغزالى أن المصلحة بهذا التعريف ترادف المعنى المناسب أو المخيل في باب القياس ، فقال : « وإذا أطلقنا المعنى المناسب أو المخيل في باب القياس أردنا به هذا الجنس » ومعنى هذا أن رجوع المصلحة إلى المقاصد الشرعية في الجملة شرط أساسى في اعتبارها مصلحة ، أو في اعتبار الوصف الذى يرتب الحكم عليه وصفاً مناسباً ، وبعد ذلك يبقى النظر في اعتبار الشارع وعدم اعتباره ، ونوع هذا الاعتبار للمصلحة أو الوصف المناسب ، إذ مجرد حكم العقل برجوع المصلحة إلى المقاصد الشرعية في الجملة ليس ضابطاً كافياً في التعرف على المصالح الشرعية . فقد يلغى الشرع هذا الوصف أو المصلحة بنص خاص ، وإذا لم تكن ملغاة فقد يعتبر الشارع نوع المصلحة فيكون لإثبات الحكم بها من باب القياس الذى هو اقتباس الحكم من معقول النص والإجماع ، وقد يكون اعتبار الشارع للجنس هذه المصلحة ، فتدخل تحت باب الاستدلال المرسل ، وقد يسكت الشرع عن المصلحة ، فلا يناقضها نص ، ولا يشهد لجنسها شرع ، فتسكون مصلحة غريبة ، لا يجوز التشريع بناء عليها ، لأنها عندئذ ترادف الهوى والتشهى . وهكذا نجد الغزالى رحمه الله

(١) راجع الأهرام السنة ٩٢ العدد ٢٨٩١٨ في ١٢ فبراير ١٩٦٦ ، فقد جاء فيه ما يلى : « وافق مجلس العموم البريطانى أمس على قانون باعتبار الشذوذ الجنسى عملاً مشروعاً بين البالغين ، وقد تمت الموافقة بأغلبية ١٦٤ صوتاً ضد ١٠٧ أصوات ، وقد استقبل الجالسون في شرفة الزوار الموافقة بالتصفيق » .

شديد الحذر في فتح باب المصالح ، فهو يشترط المناسبة العامة ، ويعنى بها دخول المصلحة تحت المقاصد الشرعية ، ثم يشترط شروطاً أخرى زيادة على هذا الشرط في المصلحة التي يجوز الحكم بمجردها ، كما سنرى فيما بعد .

ثانياً - أما الطوفى فقد عرف المصلحة فقال : « وأما حدها بحسب العرف : فهي السبب المؤدى إلى الصلاح والنفع ، كالتجارة المؤدية إلى الربح ، وبحسب الشرع هي السبب المؤدى إلى مقصود الشارع عبادة أو عادة ، ثم هي تنقسم إلى ما يقصده الشارع لحقه كالعبادات ، وإلى ما يقصده لنفع المخلوقين ، وانتظام أحوالهم كالعبادات^(١) .

والذى يؤخذ من تعريف الطوفى للمصلحة ما يأتى :

١ - أن المصلحة عند أهل العرف تطلق على كل سبب يؤدى إلى النفع ، وهذا هو المعنى اللغوى للمصلحة كما سبق ، وهو الإطلاق المجازى للمصلحة . وقد رأينا الغزالي يعرف المصلحة فى الأصل بهذا التعريف . والفرق أن الغزالي عبر بـ « جلب النفع » ، والطوفى بالسبب المؤدى إلى النفع ، إلا أن الجلب للنفع سبب أيضاً فتوافق التعريفان عرفاً .

٢ - أن الطوفى يفرق بين مقاصد الخلق ومقاصد الشارع كما فعل الغزالي تماماً . فهو يقول إن المصلحة هي السبب المؤدى إلى مقصود الشارع ، أى إلى نفع مقصود للشارع . وليس إلى مطلق نفع فى عرف الناس ، فالقصاص مصلحة فى نظر الطوفى لأنه سبب إلى حقن الدماء وهو نفع مقصود للشارع ، ورجم الزانى مصلحة لأنه سبب لحفظ النسل وهو نفع مقصود للشارع . ولقد سبق أن رأينا الغزالي يصرح بأن كل ما تضمن حفظ أحد الأصول الخمسة فهو مصلحة ، فيكون القصاص مصلحة لأنه يتضمن حفظ النفس ، وهو أحد الأصول أو المقاصد الخمسة .

٣ - هناك فرق في غاية الأهمية بين الغزالي والطوفي فيما يتعلق بالمصلحة كدليل شرعي ، وقد أغفل هذا الفرق كثير من كتبوا في المصلحة فوقعوا في كثير من الأخطاء في حكاية مذهب الطوفي في المصلحة والمقارنة بينه وبين غيره من القائلين بهذا الأصل . فلقد سبق أن رأينا أن الغزالي يذكر هذا التعريف على أنه تعريف للمصلحة بمعنى المناسب أو الخيل ، وليس بمعنى الدليل الشرعي ، إذ أنه قسم المصلحة بعد ذلك أقساماً . واشترط فيها شروطاً حتى تصلح دليلاً على الأحكام ، فقال إن المصلحة بهذا المعنى تنقسم بحسب اعتبار الشارع إلى الملقاة ، والمعتبرة ، والمرسلة ، وهذه الأخيرة قسمان ، ملائمة ، وغريبة ، أما المصلحة الملقاة والغريبة فلم تستبحجة عنده قطعاً ، وأما المعتبرة فهي داخلة في باب القياس الذي يشهد له الأصل المعين ، وأما الملائمة فهي التي يأخذ بها دون شهادة الأصل المعين لنوعها ، ما دامت النصوص قد شهدت لها بالملائمة لجنس تصرفات الشرع بل إنه لم يأخذ بكل مصلحة ملائمة ، فقد أخذ بالمصالح الضرورية وما جرى مجرى الضروري ، ووافق المالكية على ذلك كله إلا أنهم أطلقوا القول بالمصالح الملائمة في الضرورات والحاجات .

أما الطوفي فإنه يعرف المصلحة التي يحتج بها كدليل شرعي بهذا التعريف ، ولا يقسمها بعد ذلك بحسب اعتبار الشارع ، ولا بحسب قوتها في ذاتها ، ولا بحسب الملائمة وغيرها ، ولا يشترط في المصلحة أي شرط زائد على رجوعها إلى المقاصد الشرعية العامة ، بل إنه يحكم على كل هذه التقسيمات بالتكلف والتعسف ، ويرى أن الطريق إلى معرفة المصالح والمفاسد أيسر من هذا التعقيد^(١) . وبذلك يكون الضابط للمصلحة كدليل شرعي

(١) يقول الطوفي : « اعلم أن هؤلاء الذين قسموا المصلحة إلى معتبرة وملغاة ومرسلة ، ضرورية ، وغير ضرورية تعسفوا وتكلفوا . إذ الطريق إلى معرفة حكم المصالح أعم من هذا وأقرب ، وذلك بأن نقول : قد ثبت مراعاة الشارع للمصلحة والمفسدة إجماعاً ، وحيث نقول : =

عند الطوفى هورجوعها إلى المقاصد الشرعية ، فى حين أن المالكىة وغيرهم يشترطون فى المصلحة شروطاً فوق ذلك ، كما سنرى ذلك مفصلاً فيما بعد : والنقطة الهامة التى يجب التنبيه عليها فى هذا المقام هو أن الطوفى يعرف المصلحة كدليل شرعى ، فى حين أن الغزالى يعرف مطلق المصلحة الشرعية ، ثم يشترط فيها شروطاً بعد ذلك حتى يجوز الاعتماد عليها بمفردها كدليل شرعى على حكم الوقائع غير المنصوص عليها .

ثالثاً - وأما الخوارزمى فقد عرف المصلحة فقال : « والمراد بالمصلحة المحافظة على مقصود الشرع بدفع المفاسد عن الخلق » (١).

وهذا التعريف لا يختلف عن التعريفين السابقين إلا فى حصر مقاصد الشرع فى دفع المفاسد عن الخلق ، فى حين أن الغزالى والطوفى أطلقا المقاصد الشرعية ، ولم يقيدا ذلك بدفع المفاسد فقط ، بل إن الغزالى قد صرح بأن مقصود الشارع جلب المصالح ودفع المفاسد فقال : « كل ما تضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة ، وكل ما يفوت أحد هذه الأصول

== الفعل إن تضمن مصلحة مجردة حصلناها ، وإن تضمن مفسدة مجردة نفيناها وإن تضمن مصلحة من وجه ، ومفسدة من وجه ، فإن استوى فى نظارنا تحصيل المصلحة ودفع المفسدة توقفتا على المرجح أو خيرنا بينهما ، كما قيل فيمن لم يجد من السرة إلا ما يكفى أحد فرجيه فقط . . . وإن لم يستو ذلك ، بل ترجح إما تحصيل المصلحة وإما دفع المفسدة ، فعلناه ، لأن العمل بالراجح متعين شرعاً . وعلى هذه القاعدة يتخرج كل ما ذكرناه فى تفصيلهم للمصلحة . أما المعتبرة شرعاً كالقياس ، فصاحته ظاهرة ، مجردة أو راجحة ، وأما الملقاة كمنع زراعة العنب ، والشركة فى سكنى الدار ، فلائن المصلحة والمفسدة تعارضتا فيها ، لكن مصلحتها ضعيفة ، ومفسدتها عظيمة ، فسكان نفيا أرجح ، لا يلزم من منع النفع المحقق من زراعة العنب ، والارتفاق المحقق بالشركة فى السكنى ، لأجل مفسدة موهومة . وهى اعتصار الخمر ، وحصول الزنا ، ولو سلم أن المفسدة مظنونة لكنها غير قاطعة ، والمصلحة التى تقابلها قاطعة ، فكان تحصيلها بالترام المفسدة المظنونة أولى من العكس » ج ١ ص ٤١٦ من نزهة الخاطر العاطر ، للشيخ ابن بدران الدمشقي . نقله صاحب رسالة المصلحة فى التشريع الإسلامى ص ١٣٨ .

(١) نقله عنه الشوكانى فى إرشاد الفحول ص ٢٤٧ .

فهو مفسدة ، ودفعه مصلحة . ولكن إذا عرفنا أن المصلحة والمفسدة نقيضان ، سهل الخطب ، ذلك أن دفع المفاسد عن الخلق يستلزم جلب المصالح لهم ، وبذلك يكون الخوازمي متفقاً مع الغزالي والطوفي في تعريف المصلحة .

هذه تعريفات المصلحة عند كتاب الأصول القدماء . أما الكتاب المحدثون فبعضهم يكتفي بأن يؤكد أن المصلحة من الظهور والوضوح بحيث لا تحتاج إلى تعريف^(١) . والبعض الآخر يسرد تعريفات الغزالي والطوفي وابن عبد السلام والخوازمي للمصلحة ، وبعض هذه التعريفات تعريفات لها في اللغة ، والأخرى في الشرع ، ثم يقول إن المصلحة تطلق بإطلاقين في اصطلاح الأصوليين ، ثم يذكر المعنى اللغوي لها الحقيقي والمجازي ، مع أنه قد سبق لنا أن عرفنا أن الغزالي ، والطوفي ، والخوازمي جعلوا للمصلحة معنى في الشرع يخالف معناها اللغوي أعني النفع ووسيلته^(٢) .

وأخيراً ، فإن صاحب رسالة ضوابط المصلحة عرف المصلحة التي جعل موضوع رسالته وضع الضوابط لها بما عرفها به الطوفي فقال : « المصلحة فيما اصطلاح عليه علماء الشريعة يمكن أن تعرف بما يلي : هي المنفعة التي قصدها الشارع الحكيم لعباده ، من حفظ دينهم ، ونفوسهم ، وعقولهم ، ونسلكهم ،

(١) انظر رسالة المصاحبة في التشرع الإسلامي ص ١٩ حيث يقول المؤلف بعد تأكيد أن المصاحبة في غاية الوضوح : « لئلا يحاول لاذن أن أحد المصاحبة بالجنس والفصل لأقول هذه هي المصاحبة » .

(٢) انظر رسالة تعليل الأحكام فقد قال المؤلف بعد سرد تعريفات الغزالي والطوفي ، والخوازمي ، وابن عبد السلام : « فهذه العبارات وغيرها ، تفيد أن المصلحة في اصطلاح الفقهاء والأصوليين تطلق بإطلاقين : الأول مجازي ، وهو السبب الموصل للنفع ، والثاني حقيقي ، وهو نفس السبب الذي يترتب على الفعل من خير ومنفعة ، ويعبر عنه باللذة أو النفع أو الخير أو الحسنة » ص ٢٢٩ .

وأموالهم ، طبق ترتيب معين فيما بينها ، والمنفعة هي اللذة ، أو ما كان وسيلة إليها ، ودفع الألم أو ما كان وسيلة إليه ،^(١) . فالمصلحة في نظره تصلح حجة في التشريع إذا توافر بالنسبة لها المناسبة العامة ، أى الدخول تحت المقاصد الشرعية الكلية ، ولم يشترط فيها الملاءمة لجنس تصرفات الشارع ، مكتفياً بالضوابط العامة التى وضعها للمصلحة . وقد حصر هذه الضوابط فى عدم مخالفة هذه المصلحة لنص فى الكتاب أو السنة ، وأن تكون داخلة تحت المقاصد الشرعية العامة ، وهذا الضابط تحقيق لتعريف المصلحة الذى ذكره ، أو شرح وبيان له . وأخيراً فقد شرط عدم مخالفة هذه المصلحة للقياس أو لمصلحة أهم منها ، ولا شك أن عدم مخالفة المصلحة للنص ، يخرج المصالح المملوغة ، ودخول المصلحة تحت المقاصد العامة هو كما قلنا شرح لتعريف المصلحة بالمعنى العام المرادف للمعنى المناسب أو الخيل ، كما ذكر الغزالي والطوفي . وأما عدم مخالفة المصلحة للقياس أو مصلحة أرجح منها ، فهو يدخل تحت الجمع بين المصالح المتعارضة ، ويبقى أن صاحب رسالة الضوابط لم يشترط فى المصلحة الملاءمة لجنس تصرفات الشارع ملائمة أخص من مطلق المناسبة العامة ، ونعنى بذلك دخول المصلحة تحت جنس اعتبره الشارع فى الجملة بغير نص معين ، أو رجوع المصلحة إلى أصل شرعى مأخوذ بالاستقراء المفيد للقطع من نصوص الشريعة كما عبر عنه الشاطبي المالكي . وقال إن هذا هو المعنى بالمصالح التى يحتج بها المالكية .

والفرق بين صاحب رسالة ضوابط المصلحة والطوفي ليس فى تعريف المصلحة التى تصلح دليلاً فى الأحكام ، فكل منهما يرى أن المصلحة هي النفع الذى يقصده الشارع الحكيم لعباده ، أى دخول المصلحة الجزئية فى الواقعة المعروضة تحت المقاصد العامة للشارع ، أى المقاصد الخمسة الكلية ، وإنما

الفرق في أن الطوفي يرى أن هذه المصلحة تقدم على النص والإجماع بطريق التخصيص والبيان لهما ، لا بطريق الافتئات عليهما ، والتعطيل لهما ، وصاحب رسالة ضوابط المصلحة لا يرى أن المصلحة المرسله بهذا المعنى حجة إذا عارضت نصاً من كتاب أو سنة أو قياساً يعتمد على الأصل المعين .

أما نحن فإننا نخالف الاثنين معاً ، ذلك أن المصلحة التي تصلح دليلاً في نظرنا هي المصلحة الملائمة لجنس اعتبره الشارع في الجملة بغير دليل معين ، وليست هي المصلحة الغريبة التي سكنت عنها الشواهد الشرعية . ولما كانت هذه المصلحة راجعة إلى نصوص شرعية تشهد لجنسها ، فإنها تدخل تحت القياس بمعناه الواسع أو هي نوع منه يطلق عليه قياس المصالح أو المعاني ، كما عبر عنه الغزالي وإمام الحرمين فإنها وإن لم تصلح دليلاً في مقابلة النص الخاص الذي يدل على حكم الواقعة بخصوصه ، فإنها تصلح بياناً وتفسيراً للعمومات والظواهر ، والمفسر في الحقيقة هو مجموع النصوص الشرعية الشاهدة لجنس المصلحة بالاعتبار ، أما المصلحة الغريبة في نظرنا فهي لا تصلح دليلاً شرعياً ، فضلاً عن معارضتها للنص أو الظاهر .

ثانياً : تقسيمات المصلحة

قسم الأصوليون المصلحة تقسيمات عدة ، ورتبوا على هذه التقسيمات بعض النتائج الهامة ، ونحن نعرض لكل تقسيم من هذه التقسيمات ، ثم نبين على وجه الإجمال أهمية التقسيم والنتائج التي رتبها كتاب الأصول عليه .

التقسيم الأول : أقسام المصلحة من حيث اعتبار الشارع .

هذا هو أهم تقسيمات المصلحة الشرعية ، ولقد سلك كتاب الأصول في هذا التقسيم طرقة عديدة ، وسوف أعرض كل طريقة من هذه الطرق مع بيان أوجه الخلاف بينها ، والنتائج المترتبة على هذا الخلاف .

الطريقة الأولى :

يقسم أصحاب هذه الطريقة المصلحة من حيث شهادة الشرع لها بالاعتبار أقساماً ثلاثة :

الأول : مصلحة شهد الشرع لاعتبارها . ويفسرون هذه الشهادة ، بوجود الأصل الذي يشهد لنوع المصلحة أو لجنسها ، فتتضمن السارق قيمة المسروق وإن أقيم عليه الحد زجراً له عن العدوان ، مصلحة معتبرة ، لأن الشارع قد شهد لنوعها ، وذلك بحكمه بالضممان على الغاصب لتعديده . وإعطاء الشارب حكم القاذف إقامة لمظنة القذف وهو الشرب مقام القذف ، مصلحة شهد الشرع لاعتبارها ، وذلك لوجود الأصل الذي يشهد لجنس هذه المصلحة ، ذلك الأصل هو إقامة الخلوة مقام الزنا في الحرمة ، وهذا يتضمن مطلق إقامة المظنة مقام المظنون .

وهذه المصلحة تدخل عند هذا الفريق في باب القياس ، أو هي القياس

نفسه ، وذلك لأن الشرط عندهم في القياس أن يوجد الأصل الذى يعتبر
الشارع فيه عين المصلحة أو جنسها .

الثانى : مصلحة شهد الشرع لبطلانها . ويفسرون شهادة الشرع
للمصلحة بالبطلان بوجود نص يدل على حكم فى الواقعة يناقض الحكم
الذى تمليه المصلحة . ومثلوا لذلك بفتوى أحد الفقهاء للملك جامع فى
رمضان بالصوم بدلا من العتق مع أنه وجد للرقبة ، وذلك للمصلحة .
ووجه المصلحة أن الملك لا ينزجر عن انتهاك حرمة الصوم بعتق الرقبة ،
لأنه واجد للرقبة ، وإنما يزجره الصوم ، والكفارة شرعت للزجر . وأما
أن هذه مصلحة شهد الشرع لبطلانها ، فذلك لوجود النص الذى يجعل
الكفارة لمن واقع فى رمضان هى عتق الرقبة لو اجدها . وبذلك تكون
المصلحة قد أوجبت فى هذه الواقعة حكما يناقض الحكم الذى يدل عليه النص .

ويمكن التمثيل لذلك بالقول بأن البنت تساوى الابن فى الميراث ،
بدعى أن المصلحة تقضى بذلك ، لتساويهما فى درجة القرابة من المورث ،
ولأن البنت أصبت تشارك زوجها فى أعباء الحياة ، فساوت الابن من
هذه الجهة . وهذه مصلحة شهد الشرع لبطلانها ، وذلك لوجود النص على
أن للذكر مثل حظ الأنثيين .

وكذلك القول بإعطاء الزوجة حق إنهاء الزواج مساواة لها بالزوج ،
وذلك بحجة أن الزوجة طرف فى العقد ، وحقوق العقد تعود على عاقيه
دون تفرقة . فهذه مصلحة شهد الشرع لبطلانها ، وذلك لوجود النص الذى
يقضى بأن الطلاق لمن أخذ بالساق .

ولكن ما المراد بالنص الذى يعتبر وجوده فى مقابلة المصلحة شهادة
من الشرع لها بالبطلان ؟ أهو النص الخاص الذى يدل على حكم الواقعة
بخصوصه ، أم ذلك يشمل العمومات والظواهر ؟ وبعبارة أخرى ، هل

المقصود بالنص معناه الفنى الضيق وهو ما لا يحتمل التأويل ، وهو ما يقابل الظاهر الذى يحتمل التأويل فيدخله التخصيص ، والتقيد ، والبيان ؟ ، أم المقصود به ما هو أعم من ذلك ، بحيث يدخل تحته النص والظاهر ؟ ويكون المراد به الخبر كتاباً كان أو سنة ، فتكون المصلحة باطلة فى مقابلة العمومات والظواهر التى تحتمل التأويل والتخصيص والبيان ؟

وسنرى أن الإجابة على هذا السؤال تشكل أم جانب فى نظرية المصلحة وهو ما نبهته عند الكلام على علاقة المصلحة بالنصوص فى أثناء عرض كل مذهب من المذاهب المختلفة فى المصلحة .

الثالث : مصلحة لم يشهد الشرع لا لبطلانها ، ولا لاعتبارها ، ومعنى ذلك أنه ليس هناك نص يشهد بالاعتبار لنوع هذه المصلحة ولا لجنسها ، كما أنه لا يوجد نص يشهد لها بالبطلان . وليس من اليسير التمثيل لهذا النوع من المصالح بأمثلة واقعة ، ذلك أن كل المصالح التى قال بها الأئمة مصالح مشهود لجنسها بالاعتبار ، بل إن الغزالي أنكر وجود هذا النوع من المصالح ، على أساس أنه لا يتصور أن توجد واقعة مسكوت عنها فى الشرع لأن هذا يتضمن أن الله قد ترك الناس سدى ، وأن الدين لم يكمل ، والنعمة لم تتم ، وهذا خلاف ما أخبر به الشارع سبحانه وتعالى .

على أن الشاطبى قد مثل له بمثال فرضى ، هو القول بحرمان القاتل من الميراث معاملة له بنقيض المقصود ، إذا فرض أنه لم يوجد نص شرعى يقضى بهذا المنع . على أن هذا المثال أيضاً ليس مثالا لمصلحة مسكوت عنها ، فإن المعاملة بنقيض المقصود أصل شرعى شهدت له النصوص فى الجملة ، فالتمفرع عليه عمل بمصلحة تلائم جنس تصرفات الشارع ، كما سنرى ذلك فيما بعد .

وقد أخطأ من نسبوا إلى بعض الأئمة القول بهذا النوع من المصالح ، فسوف نرى أن أحداً من هؤلاء الأئمة لم يقل بهذا النوع من المصلحة قط ،

٢ — نظرية المصلحة فى الفقه الإسلامى

ولمّا أخذوا بالمصالح التي التفت الشارع إلى جنسها ، وراعاها في التفريع ، وتشريع الأحكام .

وهذه الطريقة قد سار عليها جمهور الأصوليين ، وقد خالف فيها الغزالي وبعض الأحناف ، كما سنرى في شرح الطريقة الثانية . وقد تبين لك من هذه الطريقة أن المصلحة المرسلّة عند هذا الفريق هي القسم الثالث . الذي لم يشهد الشرع له بالاعتبار ولا بالبطلان ، وقد نسبوا القول بها إلى بعض الأئمة وقد قلنا إن هذه نسبة خاطئة لا تتفق مع ما نقل عن الأئمة أنفسهم ، وما روى عنهم أتباعهم من الفتاوى التي كان سند القول فيها هو المصلحة المرسلّة .

الطريقة الثانية :

صاحب هذه الطريقة هو الغزالي رضى الله عنه . فقد قسم المصلحة أقساماً أربعة :

الأول : مصلحة اعتبر الشارع نوعها ، وهي راجعة عنده إلى باب القياس الذي هو اقتباس للحكم من معقول النص والإجماع . وهو يعنى بالقياس تعدية حكم بعينه من محل النص إلى غير محل النص بعلّة هو الموجبة في محل النص .

الثاني : مصلحة اعتبر الشارع جنسها ، ويسمى كثير أ مصلحة ملائمة لجنس تصرفات الشرع . وقد مثل لها بفتوى الصحابة بإعطاء الشارب عقوبة القاذف إقامة لمظنة القذف مقام القذف ، وقد أقام الشارع مظنة الشيء مقام نفس الشيء في أحكام كثيرة . وقد ذكر لهذا النوع من المصالح أمثلة كثيرة ، سوف نذكرها عند الحديث على نظرية المصلحة عنده .

الثالث : مصلحة تناقض نصاً شرعياً . ويطلق عليها أحياناً المصلحة

الباطلة أو الملقاة . ويعرفها بأنها ما صادمت في محل نصاً للشرع ، بحيث يتضمن اتباعها تغيير الشرع . وسوف نبين قصد الغزالي من النص في هذا الخصوص .

الرابع : المصلحة المسكوت عنها في الشرع ، ويسمى أحياناً المصلحة الغربية ، ويعرفها بأنها المصلحة التي سكنت شواهد الشرع ونصوصه عنها ، فلا يناقضها نص ، ولا يشهد لجنسها شرع^(١) .

والذي يدخل عند الغزالي في المصلحة المرسلة هو القسم الثاني ، أعنى المصلحة التي اعتبر الشارع جنسها ، أما المصلحة الغربية ، والملقاة ، فهما مردودتان عنده قطعاً ، بل إنه يحكى إجماع أهل العلم على ردهما^(٢) . أما المصلحة التي شهد الشرع لنوعها ، ويعبر عنها أحياناً بالمصلحة التي يشهد لها النص المعين ، فهي داخلة عنده في باب القياس ، بل إنها هي النوع الوحيد في القياس ، إذ المصلحة التي شهد الشرع لجنسها لا تدخل عنده في باب القياس بل هي المصلحة المرسلة كما سبق .

مقارنة بين هاتين الطريقتين :

وبالمقارنة بين طريقة الغزالي وطريقة الجمهور يتبين لنا النتائج الهامة الآتية :

(١) انظر : شفاء العليل في مسالك التعليل ص ١٨٢ حيث يقسم الغزالي المصلحة التي لا يشهد لها النص المعين فيقول : « هي تنقسم إلى ما يلقي في الشرع ملاحظة جنسها فهو المعتبر ، وإلى ما يصادم في محل نصاً للشرع فيضمن اتباعه تغيير الشرع فهو باطل عندنا ، وإلى ما سكنت شواهد الشرع منه ونصوصه ، فلا يناقضه نص ، ولا يشهد لجنسها شرع ، فهو المصلحة الغربية التي يتضمن اتباعها إحداث أمر بدعي لا عهد لمثله في الشرع ، هذا هو انقسامها من حيث الإضافة إلى شواهد الشرع » .

(٢) انظر المستصفى ٢ : ٣٠٦ حيث يقول عند بيان أقسام المناسب من حيث الملاءمة وشهادة الأصل المعين « ومناسب لا يلائم ولا يشهد له أصل معين ، فلا يقبل قطعاً عند القائسين ، فإنه استحسان ووضع للشرع بالرأى ، ومثاله حرمان القاتل من الميراث لو لم يرد فيه نص . . . وملائم لا يشهد له أصل معين ، وهو الاستدلال المرسل ، وهو . . . في محل الاجتهاد » .

النتيجة الأولى : أن القياس عند الغزالي هو تعددية حكم بعينه من محل النص إلى غير محل النص بعلّة هي الموجبة في محل النص ، ومعنى هذا أن القياس عنده قاصر على المصلحة التي شهد النص لعينها ، أما المصلحة التي شهد النص لجنسها ، فلا تدخل عنده في باب القياس ، بل في باب الاستدلال المرسل . في حين أن القياس عند الجمهور هو تعددية حكم الأصل أو حكم من جنسه إلى الفرع ، لاشتراك الفرع مع هذا الأصل في عين العلة أو في جنسها ، وعلى ذلك فالقياس يشمل نوعين من المصالح : المصالح التي تشهد النصوص لنوعها ، والمصالح التي تشهد النصوص لجنسها .

النتيجة الثانية : أن المصلحة المرسلة عند الغزالي هي المصلحة التي يشهد النص لجنسها فقط ، أما المصالح الغريبة التي لا تلائم جنس تصرفات الشرع فهي مصالح مردودة عنده . وقد حكى اتفاق القائمين على رفضها ، في حين أن جمهور الأصوليين ، يطلقون عبارة المصلحة المرسلة على المصالح الغريبة التي لا يشهد الشرع لجنسها ، ثم يحكون خلاف الأئمة ومذاهبهم في هذا النوع من المصالح . بل إنهم يذكرون مذهب الغزالي نفسه بين القائمين بهذا النوع من المصالح ، مع تصريح الغزالي برفضه للمصالح التي لا يشهد الشرع لجنسها ، بل ومع ما يظهر من اشتراطه في المصلحة التي يقول بها من الشروط التي لا يمكن معها أن تبقى المصلحة غريبة غير مشهود لجنسها بالاعتبار .

النتيجة الثالثة : وقد نتج عن هذا الخلاف في تحديد المقصود بالمصالح المرسلة أن بعض الشيوخ من المالكية ينفي عن مالك القول باعتبار المصالح حجة ، مع اشتهاار القول بالمصالح عنه ، والواقع أن المصالح التي اشتهر مالك بالقول بها هي المصالح الملائمة ، ومن نفي عنه القول بالمصالح نفي عنه القول بالمصالح الغريبة التي لا يشهد الشرع لجنسها ، وهذا ما حدث بالنسبة لبقية الأئمة ، فترى بعض الأصوليين ينسبون العمل بالمصالح لإمام من

الأئمة ، بينما ينفي عنه البعض الآخر العمل بالمصالح ، ومورد النفي غير مورد الإثبات ، فمن أثبت يقصد المصالح الملائمة ، ومن نفي إنما ينفي المصالح الغريبة التي لا تدخل تحت جلس شهدت له النصوص في الجملة بالاعتبار .

الطريقة الثالثة :

وهناك طريقة ثالثة قال بها بعض الفضلاء الذين كتبوا في المصلحة حديثاً . ومقتضى هذه الطريقة أن المصلحة إما أن تكون منصوصاً أو مجمعاً عليها بخصوصها أو لا . والثانية ، إما أن تكون معارضة لنص أو إجماع أو لا . والأولى تسمى مصلحة معتبرة ، والثالثة تسمى رسالة ، والثانية لا تسمى بهذا ولا ذاك ، بل تسمى معارضة لدليل شرعي آخر ، وأما إلغاؤها أو عدم إلغائها فشيء آخر يختلف باختلاف المذاهب ، أو باختلاف نوع الدليل المقابل لها .

والذي دعا هذا الفاضل إلى رفض التقسيم الذي ارتضاه جمهور الأصوليين أنه يرى أن المصلحة دليل شرعي كبقية الأدلة ، وأن مجرد معارضة هذا الدليل لنص أو إجماع لا يلغيه بل تجرى بينه وبين بقية الأدلة قواعد الجمع والترجيح^(١) .

والواقع أن تقسيم الأصوليين تقسيم سليم ، ذلك أن المالكية والغزالي الذين قرروا أن المصلحة التي تناقض النص مصلحة ملغاة ، قصدوا بالنص معناه الخاص وهو ما لا يحتمل التأويل ، ولا توجد مصلحة أخذ بها إمام من الأئمة على خلاف نص خاص . وما ظنه ذلك الفاضل نصوصاً هو في الواقع ظواهر وعمومات دلالتها على حكم الواقعة المعروضة دلالة ضعيفة . ولذلك رأينا الغزالي يعبر عن المصلحة الملغاة بقوله إنها المصلحة التي

(١) انظر رسالة تعليل الأحكام لفضيلة الأستاذ الشيخ مصطفى شليبي ص ٢٨٢ . فقد اقترح هذا التقسيم ودافع عنه واستدل عليه ببعض الفروع التي كانت المصلحة فيها معارضة للنص أو الإجماع .

صادمت في محل نصاً للشرع يتضمن اتباعها تغيير الشرع ، مع قوله بأن المصلحة تقضى بقتل الترس المسلم إذا كان عدم قتله يؤدي إلى هزيمة الأمة وتسلب الكفار عليها ، ويخص عموم قوله تعالى : « ولا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق » ، بهذه المصلحة ، ومعنى هذا أن المصلحة في قتل الترس ليست ملغاة ، لأن المعارض لها ليس نصاً خاصاً ، أى يدل على حكم الواقعة بخصوصه ، وإنما هو عموم ظاهر يحتمل التأويل والتفسير فكانت المصلحة الملازمة مفسراً ومخصصاً له . لأنها مصلحة يشهد النص لنفسها ، فالنص هو المخصص في الواقع ونفس الأمر .

الطريقة السابعة :

وهناك فقيه آخر قد شذ عن الجماعة ، فلم ير داعياً لتقسيم المصلحة من حيث الاعتبار والإلغاء إلى المصلحة المعتبرة والملغاة والمرسلة . بل إن المصلحة إن عارضت نصاً خاصاً لم تعتبر ، وإن عارضت عموماً أو إطلاقاً وجب الجمع بينها وبين هذا العموم ، بأن تقدم المصلحة على هذا العموم بطريق التخصيص والبيان لا بطريق التعطيل والافتئات . وذلك هو الطوفي الحنبلي ، فلقد وضع طريقة في العمل بالمصالح زعم أنه خالف بها كل من سبقه ، وذلك عند شرحه لحديث : لا ضرر ولا ضرار . فقال إن هذا الحديث يقتضى نفي الضرر والمفاسد شرعاً إلا ما استثنى بنص خاص مخصص ، وإذا ثبت انتفاء الضرر لزم منه تحصيل المصلحة إذ هما نقيضان لا يجتمعان . وخرج من ذلك بأن المصلحة تقدم على العمومات والظواهر ، دون النصوص الخاصة القواطع وسوف نعرض لمذهب الطوفي بالتفصيل عند الحديث على نظرية المصلحة عند الحنابلة ، وسنرى أنها مزيج من المصالح المرسلة وقاعدة سد الذرائع ، وأنه لم يأت بشيء جديد كما يزعم ، لأن المصلحة التي عارضت النص الخاص هي المصلحة الملغاة عند الجمهور ، والمعتبرة هي القياس ، ولم يبق إلا المصلحة المرسلة ، إلا أن هناك بعض

الغموض والقصور في نظريته فيما يتعلق بشرط الملائمة ، فإنه إذا فسر كلامه بأنه يقصد المصلحة الغربية انهارت نظريته من أساسها ، لأن مثل هذه المصلحة ليست بحجة قطعاً ، لأنها لا يشهد لها أصل شرعى بالاعتبار ، فضلاً عن أن تعارض العمومات والظواهر ، وتقدم عليها بطريق التخصيص والبيان . وأما إذا فسر كلامه بأنه يقصد المصالح الملائمة التى تشهد النصوص لجنسها ، فإن المخصص لهذه الظواهر والعمومات سيكون النصوص الشاهدة لجنس المصلحة بالاعتبار وليس المصلحة المجردة .

أهمية هذا التقسيم :

ولقد ظهرت أهمية هذا التقسيم واضحة مما سبق ، فإنه الأساس للتفرقة بين المصالح التى يجوز القول بها ، والتفريع على أساسها ، وتلك التى لا يجوز التعويل عليها . ويمكن تخصيص هذه الأهمية فى القول بأن المصالح التى يجوز للفقهاء أن يحتج بها هى المصالح التى شهدت النصوص لنوعها أو جنسها ، أما تلك التى تناقض النص ، والتى لا يلقى فى الشرع اعتبار جنسها فهما مردودتان باتفاق ، كما يحكى ذلك الغزالي . وقد رجحنا حكايته لهذا الاتفاق على كلام جمهور الأصوليين الذين يلبسون القول بالمصالح الغربية إلى بعض الأئمة ، فى حين أن ما روى عن الأئمة أنفسهم يدل على خلاف ما يحكيه هؤلاء الأصوليون . ويبقى بعد ذلك الخلاف بين الغزالي والجمهور فى دخول المصلحة الملائمة فى باب القياس أو تخصيصها باسم المصلحة المرسلّة وقصر القياس على المصلحة التى شهد الشرع لنوعها .

التقسيم الثانى : أقسام المصلحة من حيث قوتها فى ذاتها .

تنقسم المصلحة من حيث قوتها فى ذاتها إلى أقسام ثلاثة : مصلحة ضرورية ، ومصلحة تحسينية ، ومصلحة حاجية .

أما المصلحة الضرورية فهي « ما لا بد منها في قيام مصالح الدين والدنيا ، بحيث إذا فقدت لم تجر مصالح الدنيا على استقامة ، بل على فساد وتهارج وفوت حياة ، وفي الآخرة فوت النجاة والنعم والرجوع بالخسران المبين ، (١) .

ومجموع المصالح أو المقاصد الضرورية خمسة : حفظ الدين ، والنفس ، والنسل ، والمال ، والعقل .

وقد دل الاستقراء على أن الشارع قد شرع من الأحكام والتكاليف ما يحمي هذه المصالح التي تبلغ الحاجة إليها مبلغ الضرورة ، ولا تقوم حياة الناس بدونها ، فحاجة البشر إلى التدين حاجة تبلغ مبلغ الضرورة ، ولا غنى لإنسان ذى فطرة سليمة عن الدين وإحسان الصلة بالله عز وجل ، فإن ذلك يمدّه بزيادة روحى يوفر له السعادة والطمأنينة وراحة البال والقوة على مواجهة الصعاب والعقبات فى هذه الدنيا ، ويعطيه الأمل فى رضا الله وثوابه فى الدار الآخرة .

وقد رأينا الشارع يشرع أصول العبادات ، كالإيمان والنطق بالشهادتين ، والصلاة ، والزكاة ، والصيام ، والحج ، وغيرها لحفظ الدين من جانب الوجود ، أى لإقامة أركانه وتثبيت قواعده ، حتى يكون هناك تدين فى الواقع . كما شرع العقوبات الرادعة لكل جريمة تعد اعتداء على الدين الذى تؤمن به الجماعة وتعتبره ضرورة من ضروريات الحياة لا تقل عن الحياة نفسها ، فكانت الحرب مشروعة لكل من أراد أن يصد الناس عن دينهم ، ويعتدى على حرية عقائدهم . وكانت عقوبة المبتدع الداعى إلى بدعته ، والتارك لدينه المفارق للجماعة ، فهذه الأحكام تدرأ كل اختلال واقع أو متوقع على حق الناس فى التدين ، وهو من المصالح الضرورية ، ويطلق الأصوليون على هذا النوع من الأحكام : أحكام حفظ الدين من جانب عدم ، كما يطلقون على

الأحكام التي تثبت قواعد الدين وتقيم أركانه : أحكام حفظ الدين من جانب الوجود (١).

وأما حق الناس في الحياة فهو من أقدس الحقوق ، وأهم المصالح بعد مصلحة الدين ، إذ لا تبقى هذه الدنيا عامرة إذا لم توضع الأحكام التي تكفل المحافظة على النفس البشرية من جانب الوجود ومن جانب العدم ، وقد تكفل التشريع الإسلامي بحماية حق الحياة ، ووضع من الأحكام ما يحفظ النفوس ويصون الدماء .

أما حفظ الحياة البشرية من جانب الوجود فقد شرع له ما يطلق عليه علماء الأصول قسم العادات والمعاملات . فبالنسبة لقسم العادات أباح الشارع ، بل أوجب على كل مسلم أن يتناول من المأكولات ، والمشروبات ، والملبوسات ، والمسكونات ، ما يلزم لحياته ، بحيث يعد مطيعاً إذا تناول ذلك بنية الطاعة وتنفيذ أوامر الشارع . ومصلحة الجماعة في حفظ نفسه ، ويأثم إذا هو ترك ما يحفظ حياته ويقوم أوده ، لأنه قد فوت على الجماعة نفسها ، وأهدر الله تعالى حقاً . وبالنسبة للمعاملات : فقد شرع الله من الأحكام ما ينظم به علاقة الإنسان مع غيره ، ويجمع ذلك تنظيم طرق انتقال الأملاك بعوض أو بغير عوض ، بالعقد على الرقاب أو المنافع ، أو الأبدان .

غير أن الذي يدخل في قسم المصالح الضرورية من العادات والمعاملات هو ما كان ضرورياً ولازماً منها لحفظ الحياة ذاتها ، وأما ما زاد على ذلك فإنه يدخل في قسم الحاجيات أو التحسينات ، كما سنرى . فإذا توقفت الحياة على تناول طعام كان تناوله مصلحة ضرورية ، وإذا لم يمكن الحصول على هذا الطعام إلا بعقد على العين أو المنفعة ، كان هذا التعاقد من باب الضروريات .

وأما حفظ النفس من جانب العدم ، فقد تكفلت به شريعة القصاص والديات في النفس والأطراف ، فإن شريعة القصاص ضرورية للحفاظ على حق الحياة ، وبدونها لا تصان النفوس ، ولا تحقن الدماء ، قال تعالى : « ولكم في القصاص حياة » ، فالقصاص ضروري لحفظ النفس إلا إذا عفا أولياء الدم عنه إلى الديات . ويقابل الأفعال التي توجب القصاص في النفس والأطراف في الشريعة : جنايات الاعتداء على النفس والأطراف في القوانين الجنائية ، وعقوباتها هي أكبر العقوبات .

وحق الإنسان في ماله والتمتع بشمرات مملكته ، حق من الحقوق التي لا غنى للبشر عنها ، وحاجة المسلم إلى حماية هذا الحق أو حفظ تلك المصلحة حاجة تبلغ حد الضرورة ، وتأتي تالية في الرتبة بعد حقه في حفظ نفسه ، وحقن دمه ، والشريعة لم تهمل حماية هذه المصلحة الضرورية فقد شرعت من الأحكام ما يحفظ هذه المصلحة من جانبي الوجود والعدم ، فالمعاملات شرعت لحماية حق الإنسان في تنمية مملكته ، وزيادة ثروته بما يعود عليه وعلى الجماعة بالخير والرفاهية . فالبيع والإجارة من المصالح الضرورية لحفظ المال من جانب الوجود ، إذ بدونهما لا يمكن تحصيل المال أو تنمية الثروة في العصور الحديثة حيث تلاشت أسباب التملك المباح . ونظام الشركات ، يحقق مصلحة ضرورية في بعض المجتمعات التي يعجز فيها الفرد عن تنمية ثروته على انفراد ، في حين أنه يكون من المصالح الحاجية في بعض المجتمعات الأخرى ، كما كان في العصور السابقة .

وأما حفظ هذه المصلحة من جانب العدم فقد شرع له حد القطع في السرقة والتضمين في الغصب والتعدي على الأموال . فالسرقة جريمة تعود على أصل هذه المصلحة بالإبطال ، ولذلك كانت عقوبة السرقة ضرورية في حفظ هذا الحق ، وحماية تلك المصلحة ، وقدر الفسارح وهو الحكيم الخبير أن عقوبة غيرها لا تردع السراق الذين اتخذوا من السرقة حرفة دون حاجة

أو ضرورة، وقعدوا عن الكسب المشروع، والعمل الحلال، وأما التضمين فهو الجزاء على كل تعد على مال الغير، أو تقصير أو إهمال في حفظه إذا كان المقصر أو المهمل قد التزم هذا الحفظ بعقد أو بحكم الشرع.

وأما حفظ العقل فهو من المصالح الضرورية إذ العقل مناط التكليف، ولا تقوم مصالح أمة إلا إذا كانت عقول أبنائها سليمة من كل آفة، قادرة على التفكير والتدبير، لإسعاد أمتهم في الداخل وحمايتهم من الخارج، والعقل جزء من النفس، ومنفعته من منافعها، فكل ما يعود على النفس بالحفظ من جانب الوجود يعود على العقل بالحفظ من هذه الجهة أيضاً، وقد قدمنا أن العادات بطريق مباشر، والمعاملات بطريق غير مباشر، شرعت لحفظ النفس، فتكون لازمة لحفظ العقل أيضاً. وقد شرع لحفظ العقل عقوبة زائدة على العقوبات المقررة للاعتداء على النفس أو أحد الأعضاء أو منافعها، والعقل أحد هذه المنافع، هذه العقوبة توقع على الشخص نفسه إذا تناول ما يفسد عقله، لأنه يضر بالجماعة، ويفقدها عضواً صالحاً وعقلاً مفكراً. والإنسان في الجماعة عليه حقوق، ومن هذه الحقوق أن يحفظ عقله وجسمه لخير الجماعة التي فيها تربى، وبمجموع أفرادها عاش. فهو وإن كان له الحق في عقله إلا أنه ليس في الإسلام حقوق فردية خالصة، بمعنى أن كل تصرف في حق من حقوق الإنسان يضر بالجماعة يمنع منه، ويعبر عن حق الجماعة بحق الله تعظيماً له وتشريفاً. ولذلك حرم الانتحار، وتبذير الشخص لماله، وحجر على المسكف للسفه، ولم يجز لشخص أن يلقي بنفسه إلى التهلكة، ولا أن يسامح لغيره في أن يأكل ماله بالربا إلى غير ذلك. فالحقوق في الشريعة الإسلامية ليست للعبد خالصة، بل إن بعضها خالص لله، والبعض حق الله فيه هو الغالب، ومن النادر أن تجد حقاً خالصاً للعبد يتصرف فيه دون قيد شرعي على حريته في هذا التصرف، فللشخص أن يهب ماله ولكن بشرط ألا يكون في

معصية ، وألا يكون عليه التزامات لغيره من دائن أو قريب عاجز عن الكسب ، وهكذا .

أما حفظ النسل فهو من المصالح الضرورية في الحياة الإنسانية ، وكل ما شرع لحفظ النفس يحفظ النسل أيضاً من جانب الوجود ، وأما الاعتداء على النسل ، فقد عد جريمة مفوتة للنسل فشرع حد الزنا حفظاً لهذه المصلحة من جانب العدم .

المصالح الحامية :

أما المصالح الحامية فقد عرفت بأنها : وما افتقر إليها من حيث التوسعة ورفع الضيق المؤدى في الغالب إلى الحرج والمشقة اللاحقة بفوت المطلوب . فإذا لم تراعى دخل على المكلفين - على الجملة - الحرج والمشقة ، ولكنه لا يبلغ مبلغ الفساد العادى المتوقع في المصالح العامة ،^(١) .

ومعنى هذا أن الشارع إذا لم يشرع من الأحكام ما يحفظ المصالح الحامية ، فإنه إن يفوت دين ولا نفس ، ولا نسل ، ولا عقل ، ولا مال ، بل تبقى أصول هذه المصالح محفوظة ، ولكن هذا الحفظ لا يكون أكمل وأتم إلا إذا روعيت تلك المصالح .

وبعبارة أخرى إن الأحكام التي شرعت لحماية مثل هذه المصالح ليست ضرورية للحفظ على أصول المصالح الكلية ، وإنما هي مكملة لهذا الحفظ ومحتاج إليها فيه . ويظهر لذلك زيادة توضيح في ضرب الأمثلة .

فقد مثل الأصوليون لهذا القسم من المصالح في العبادات بالرخص المخففة ، بالنسبة إلى حقوق المشقة بالمرض والسفر^(٢) وفي العادات بإباحة الصيد والتمتع بالطيبات مما هو حلال ، مأكلاً ومشرباً وملبساً ومسكناً

(١) الموافقات ٢ : ١٠ .

(٢) فإن الشارع قد رخص للمريض والمسافر : الفطر ، والقصر ، والجمع ، وهذا الحكم ليس ضرورياً لحفظ أصل الدين من الصوم أو الصلاة ، فإن المريض والمسافر قد يستقيم الصوم أو إتمام الصلاة مع مشقة السفر والمرض ، ولكن الشارع قاصد لرفع هذا الحرج والمشقة .

ومركباً ، وما أشبه ذلك . وفي المعاملات بالقراض ، والمساقاة ، والسلم ، وإلغاء التوابع في العقد على المتبوعات ، كشجر الشجر ، ومال العبد . وفي الجنايات بالحكم باللوث ، والتدمية ، والقسامة ، وضرب الدية على العاقلة ، وتضمن الصناع ، وما أشبه ذلك ، (١) .

فهذه الأحكام كلها ليست ضرورية لحفظ أصل المصالح الخمسة الكلية ، وإنما هي أحكام تكمل هذا الحفظ ، وترفع عن تحصيل أصل المصالح الحرج الشديد والمشقة الزائدة . فالتبوع بالطيبات بما فوق الحاجة إلى حفظ الحياة ليس ضرورياً لأصل حفظ النفس ، ولكنه مكمل لهذا الحفظ ، وتحقيق الحاجة وإن لم تبلغ مبلغ الضرورة ، لكن ينال الإنسان بفقدائها الحرج والمشقة . وعقود السلم ، والمساقاة ، والقراض ، لا تدعو إليها ضرورة حفظ النفس أو المال ، ولكنها تكمل هذا الحفظ ، وترفع عن المكلف بعض الحرج والمشقة التي تناله لو لم تشرع هذه العقود . وكذلك بعض الأحكام التي شرعت لتكميل حفظ الأصول الكلية من جانب العدم ، كالحكم باللوث ، والتدمية ، والقسامة ، وضرب الدية على العاقلة وتضمن الصناع ، فإن هذه الأحكام لا تصل الحاجة إليها إلى حد الضرورة ، وإن كان في شرعها تكميل لحفظ المقاصد الكلية ، ورفع الحرج والمشقة عن المكلف في ملابسه أسباب حفظها .

المصالح الخمسة :

أما المصالح التحسينية فقد عرفت بأنها : « الأخذ بما يليق من محاسن العادات وتجنب الأحوال المندسات التي تأنفها العقول الراجحات ، ويجمع ذلك قسم مكارم الأخلاق ، (٢) .

(١) الموافقات ٢ : ١١ .

(٢) الموافقات ٢ : ١١ .

وقد مثلوا لهذا في العبادات بإزالة النجاسة ، وبالجملة الطهارات كلها -
وستر العورة ، وأخذ الزينة ، والتقرب بنوافل الخيرات من الصدقات
والقربات . وأشبه ذلك . وفي العادات بآداب الأكل والشرب ، ومجانبة
المآكل النجسات ، والمشارب المستخبثات ، والإسراف والإقتار في
المتناولات . وفي المعاملات بالمنع من بيع النجسات ، وفضل الماء والمكلا ،
وسلب العبد منصب الشهادة والإمامة ، وسلب المرأة منصب الإمامة ،
وإنكاح نفسها . وفي الجنايات بمنع قتل الحر بالعبد ، أو قتل النساء
والهبيان والرهبان في الجهاد ، (١) .

فهذه الأحكام ليست ضرورية للحفاظ على المقاصد الكلية ، ولا محتاجاً
إليها فيه ، ولا يلزم من عدم تشريعها حرج شديد ، ولا مشقة زائدة ،
ولكن هذه الأحكام تجرى مجرى التحسين والتزيين .

مكملات مراتب المصالح :

وقد ذكر الأصوليون أن كل رتبة من رتب المصالح يلحق بها وينضم
إليها ما هو كالتتمة والتكملة لها ، بحيث إذا فرضنا فقدته لم يخل بحكمتها
الأصلية .

وقد مثلوا لمكمل الضروري بالتماثل في القصاص ، فإنه لا تدعو إليه
ضرورة ، ولا تظهر فيه شدة حاجة . ولكنه تكميل ، وكذلك نفقة المثل ،
وأجرة المثل ، وقراض المثل ، والمنع من النظر إلى الأجنبية ، وشرب
قليل المسكر ، ومنع الربا ، واتباع الورع في المتشابهات وإظهار شعائر
الدين كصلاة الجماعة والجمعة ، والقيام بالرهن والحميل ، والإشهاد في البيع إذا
كان من الضرورات .

ففي كل هذه الحالات أو الأمثلة نجد أن المصلحة الضرورية يمكن أن تبقى محفوظة إذا فرضنا فقد المصلحة ، ولكن الحفظ عليها إنما يكمل ويتم بذلك .

ومثلوا المصلحة الحاجية بمراعاة الكفاءة ومهر المثل في زواج الصغيرة ، فإن ذلك لا تدعو إليه حاجة مثل الحاجة إلى أصل زكاح الصغيرة . وإن قلنا إن البيع من المصالح الحاجية ، فالإشهاد والرهن والحيل من باب مكملات هذه المصلحة ، ومثلوا له أيضاً بجمع الصلاة في السفر ، وجمع المريض الذي يخاف أن يغلب على عقله .

فهذه الأمثلة كلها من مكمل المصالح الحاجية إذ لو لم يشرع لم يخل بأصل التوسعة والتخفيف .

ومثلوا المكملات المصالح التحسينية بأداب الطهارة ، وعدم إبطال العمل المدخول فيه وإن لم يكن واجباً ، ولقد قرروا أن الحاجيات كالتمتع للضروريات ، وكذلك التحسينات كالتكملة للحاجيات .

أهمية هذا التقسيم :

تظهر أهمية هذا التقسيم في النواحي الآتية :

١ - نوع المصلحة التي يحتاج بها : ولهذا التقسيم أهمية كبيرة في دراسة المصلحة التي يؤخذ بها كدلائل شرعية ، فسوف نرى أن البعض يشترط في المصالح الحاجية والتحسينية الأصل المعين الذي يمكن القياس عليه ، إلا أن تجرى هذه المصالح بجرى الضرورات فعندئذ تلحق بالآخيرة ويجوز الحكم بمجردهما ولا يلزم للتفريع عليها وجود الأصل المعين الذي يمكن عليه القياس ، ما دامت الشروط الأخرى اللازمة للعمل بالمصلحة عنده قد توافرت . وقد سلك ذلك الغزالي .

بينما البعض الآخر يحكم بمجرد المصالح الحاجية ويضعها مع المصالح
الضرورية في رتبة واحدة ولا يشترط في كل منهما الأصل المعين ما دامت
شروط العمل بالمصلحة قد توافرت عنده . وذلك هو صنيع المالكية
والذي نص عليه الشاطبي .

على أن الطوفى قد شذ عن هذا الإجماع ، حيث لم ير لتقسيم المصلحة
إلى الضرورية والحاجية والتحسينية فائدة ، وهاجم الأصوليين الذي اتخذوا
هذا التقسيم أساساً في اعتبار المصلحة حجة ، وقد نحنا نحو الطوفى بعض
الكاتبين في المصلحة حديثاً ، حيث قسم المصلحة إلى الأقسام السابقة ،
ولكنه لم يعلق أية أهمية على هذا التقسيم ، ورأى كما رأى الطوفى أن كل
مصلحة يؤخذ بها مجردة عن الأصل المعين دون فرق بين مصلحة ضرورية
أو حاجية أو تحسينية .

وسنرى أن الغزالي أسس مذهبه في المصلحة على هذا التقسيم . واهتم به
في كتابيه : شفاء العليل والمستصفي ، وهو وإن لم يذكره في كتابه المنحول فإن
تفريعه هناك يدل على أنه لا يأخذ بمصلحة إلا إذا كانت ضرورية أو جارية
بمجرى الضرورية ، فقد نص على أن الحاجة العامة في حق كافة الخلق تنزل
منزلة الضرورة الخاصة في حق الشخص الواحد^(١) .

٢ - الترتيب بين المصالح المتعارضة : ولهذا التقسيم أهمية كبيرة
عندما تكون الواقعة الواحدة مناطاً لمصلحتين أو مقصودين ، إذ يجب
ترجيح إحدى المصلحتين على الأخرى ، وقد قرر كتاب الأصول أن
المصلحة الضرورية تقدم على المصلحة الحاجية ، والأخيرة تقدم على
المصلحة التحسينية . كما قرروا أن هناك ترتيباً معيناً للمصالح الضرورية
فيما بينها ، بحيث تقدم مصلحة الدين على النفس ، والنفس على العقل ،

والعقل على النسل ، والنسل على المال . رَأخيراً فإن كل مصلحة مكملة لها - من حيث هي تكملة - شرط ، وهو ألا يعود اعتبارها على الأصل بالإبطال ، فإذا كان اعتبار المصلحة المكملة يؤدي إلى فوات أصلها ، فإن هذه التكملة يسقط اعتبارها . وهذا ينطبق على المصالح الحاجية مع الضرورية ، والتحسينية مع الحاجية ، فإن الحاجية مكملة للضرورية ، والتحسينية مكملة للحاجية ، فإذا أدى اعتبار المصالح إلى فوات المصالح سقط اعتبارها ، وعلى هذه القاعدة تخرج كثير من الفروع الفقهية في باب المصالح المرسلة ، والذرائع ، والترجيح بين المصالح المتعارضة ، كما سنرى فيما بعد .

النقطة الثالثة : أقسام المصلحة من حيث الشمول .

وهذا التقسيم لم أر من صرح به غير الإمام الغزالي رحمه الله . وإن كان البعض قد أشار إليه عند الكلام في الترجيح بين المصالح المتعارضة . ولقد ذكر الغزالي هذا التقسيم في كتابه شفاء العليل حيث قال : « وتنقسم (المصلحة) قسمين أخرى بالإضافة إلى مراتبها في الوضوح والخفاء : فمنها ما يتعلق بمصلحة عامة في حق الخلق كافة ، ومنها ما يتعلق بمصلحة الأغلب ، ومنها ما يتعلق بمصلحة لشخص معين في واقعة نادرة » (١) .

ومثال المصالح العامة في حق كافة الخلق المصلحة القاضية بقتل المبتدع الداعي إلى بدعته إذا غلب على الظن ضرره وصار ذلك الضرر كلياً ، والمصلحة القاضية بقتل الزنديق المتستر وعدم قبول توبته بعد القدرة عليه ، ومثال المصلحة التي تتعلق بالأغلب تضمين الصنائع ، فالتضمنين مصلحة لعامة أرباب السلع ، وليسوا هم كل الأمة ، ولا كافة الخلق . ومثال المصلحة الخاصة النادرة ، المصلحة القاضية بفسخ نكاح زوجة المفقود ، وانقضاء عدة من تباعدت حيضتها بالأشهر ، فإن هذه مصالح نادرة تتعلق بشخص واحد في حالة نادرة .

(١) شفاء العليل ص ١٨٤ .

أهمية هذا التقسيم :

تظهر أهمية هذا التقسيم في النواحي الآتية :

١ - نوع المصلحة التي يجوز الاحتجاج بها : ينسب بعض كتاب

الأصول إلى الغزالي القول باشتراط السككية في كل مصلحة مرسلّة يرى الاحتجاج بها ، إلا أن الغزالي نفسه يصرح بعكس ذلك ، إذ يقول في كتابه شفاء العليل بعد ذكر هذا التقسيم : « وكل ذلك حجة بشرط ألا يكون بديعاً غريباً ، وبشرط ، ألا يصدم نصّاً ولا يتعرض له بالتغيير »^(١) .

أما في المستصفي ، فإن الغزالي لم يذكر هذا التقسيم ، مكتملاً بتقسيم المصلحة من حيث اعتبار الشارع ، ومن حيث قوتها في ذاتها ، ليقول إن المصلحة المرسلّة هي المصلحة التي لم ينهد لها بالبطلان ولا بالاعتبار نص معين ، وأنها هي المصالح الضرورية أو ما يجري مجرى الضروريات من الحاجات والتحسينات ، إلا أن الغزالي وإن لم يصرح بهذا التقسيم في المستصفي فقد أشار إليه في موضعين . أولهما : بعد ذكر مثال الترس المشهور فقد قال : فهذا مثال مصلحة غير مأخوذة بطريق القياس على أصل معين وانقدح اعتبارها باعتبار ثلاثة أوصاف : أنها ضرورية ، كلية ، قطعية . وقد فهم بعض الأصوليين من هذه العبارة أن الغزالي يشترط السككية في كل مصلحة يقول بها ، وأن كل مصلحة لا يتوافر فيها شرط السككية لا يحتج بها على أساس فقد هذا الشرط ، بينما فهم البعض الآخر أن هذا الشرط والشرطين الآخرين ليس للقول بالمصلحة المرسلّة ، وإنما للقطع بكونها حجة . ويرى فريق ثالث أن هذه الشروط الثلاثة إنما هي لجواز تخصيص المصلحة المرسلّة لنص شرعي . وسوف نناقش ذلك كله في موضعه .

وأما الموضوع الثانى الذى أشار فيه الغزالى إلى هذا التقسيم فقد كان عند ذكر مذهبه فى المصالح الجزئية المتعلقة بالأشخاص، وقد ذكر فى هذا الموضوع أمثله ثلاثة لهذا النوع من المصالح^(١).

وقد قرر أن هذه المصالح فى محل الاجتهاد. ثم بين أن واحدة منها قد شهد لها النص المعين، فهى داخلة فى باب القياس. وأن الثانية، لا يؤخذ فيها بالمصلحة، لأنها مصلحة نادرة فى مقابلة نص، فهى ليست ملائمة لتصرفات الشرع -- لأنه لم يعهد منه الالتفات إلى النواذر فى أكثر الأحوال - حتى يقال بأنها تخصص النص، ولأنها من الناحية الأخرى مصلحة فى باب التعبد، ولا مجال للمصالح فى باب التعبد فى رأيه. وأما الثالثة فلم يأخذ بها لأنها معارضة بمصلحة أخرى.

ومن هذا يظهر أن الغزالى لم يرفض هذا النوع من المصالح على أساس أنها ليست مصالح كلية. بل أقر أنها فى محل الاجتهاد، ثم أداه اجتهاده إلى عدم الأخذ بها، وهذا يؤيد أن الغزالى لا يرى كلية المصلحة شرطاً لازماً فى القول بها على كل حال. وسوف نحقق القول فى ذلك عند الحديث على نظرية المصلحة عند الغزالى، إن شاء الله تعالى.

٢ - عند الترجيح بين المصالح المتعارضة. والموضع الثانى الذى تظهر فيه أهمية هذا التقسيم هو الترجيح بين المصالح المتعارضة. فإنه قد تقرر عند

(١) وهذه الحالات هى :

أولاً : حالة ما إذا عقد وليان نكاحين أحدهما سابق واستبهم الأمر، ووقع اليأس من البيان وترتب على ذلك القول ببقاء المرأة محبوسة طول العمر عن الزواج ومحرمه على زوجها المالك لها فى علم الله تعالى. المستصفى ٢ : ٣٠٧.

ثانياً : حالة من تباعدت حيضتها عشر سنين مثلاً وتضررت من البقاء دون زواج. السابق ٣٠٧.

ثالثاً : حالة المفقود زوجها إذا تضررت من العزوبة. السابق ٣٠٧.

علماء الشريعة أنه في كل موضع تعارضت فيه مصلحة عامة مع مصلحة خاصة ، فإن المصلحة العامة تقدم . وعلى هذا الأساس فقد قدموا مصلحة أرباب السلع على مصلحة بعض الصنائع الذين يمكن أن يكون هلاك السلع بدون تعد أو تقصير منهم فقالوا يتضمن الصنائع إذا غلب التجدي والتقصير على مجموع الصنائع . وخرج المالكية ضرب المتهم الذي قامت القرائن القوية على ارتكابه السرقة على هذا الأصل ، مع أن بعض من يهتم قد يكون بريئاً من السرقة . وقد أكثر الشاطبي من التفريع على هذا الأصل في كتابيه : الاعتصام والمواقفات في أصول الشريعة .

وسنرى شيئاً من هذا عند الكلام على نظرية المصلحة في الفقه المالكي . بل إن قاعدة الذرائع تعتمد على هذا الأصل ، فإنها المنع من الفعل الجاز لأنه يؤدي إلى مفسدة توازي مصلحة الفعل أو زيد ، وعند الموازنة بين المصلحة والمفسدة يؤخذ في الاعتبار عموم المصلحة والمفسدة وخصوصهما . والخلاصة أن الشارع تصرف على هذا الأصل في كل ما شرع من أحكام وأمر من تكاليف .

التقسيم الرابع : أقسام المصلحة من حيث الثبات والتغير .

وصاحب هذا التقسيم هو الأستاذ الشيخ مصطفى شلبي ، ولم أره لأحد من قبله . فقد قسم فضيلته المصلحة إلى قسمين : أولها ، المصلحة المتغيرة بتغير الزمان والبيئات والأشخاص . وثانيتها ، المصلحة الثابتة على مدى الأيام . وقد رتب على هذا التقسيم نتيجة في غاية الأهمية فقرر أن المصلحة المتغيرة تقدم على النص والإجماع ، وذلك في أبواب المعاملات والعادات إذ هي التي قرر فضيلته أن مصالحها غير ثابتة بل يلحقها التغير والتبديل حسب الأزمان والبيئات والأحوال ، وأما إذا كانت المصلحة من المصالح التي لا تتغير ، وذلك في أبواب العبادات وحدها ، فإن النص والإجماع يقدمان فيها على

المصلحة . وقد قال في ذلك فضيلته عند الكلام على موقف المصلحة من النص : « إنها إذا تعارضت معه في أبواب المعاملات والعادات التي تتغير مصالحها . أخذ بها ... وأما إذا كانت المصلحة المستفادة من النص لا تتغير فلا يترك النص أصلاً ... وأما غير المعاملات كالعبادات والمقدرات فلا سبيل إلى عمل المصلحة فيها ، ^(١) .

والخلاصة أن فائدة هذا التقسيم في نظر فضيلته هو أنه يسمح للقول بتغير الأحكام بتغير المصالح ، وتقديم المصلحة المتغيرة على النص والإجماع .

ونحن لا نرى ضرورة لهذا التقسيم ، ولا نسلم الأساس الذي بنى عليه ، ولا الغاية المقصودة منه . ذلك أن الحكم الشرعي الذي شرع تحقيقاً لمصلحة معينة ثابت لا يتغير ولا يتبدل في نظرنا لأن المصلحة التي شرع لتحقيقها كذلك . هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى فإننا لا نرى ترك النص بمصلحة قط ، سواء كانت هذه المصلحة ثابتة أو كانت متغيرة .

وبيان ذلك أن كل دليل شرعي مبني على مقدمتين إحداهما راجعة إلى تحقيق مناط الحكم ، والأخرى ترجع إلى نفس الحكم الشرعي ، والأولى نظرية ، والثانية عقلية . فإذا نص الشارع على أن البينة على المدعي واليمين على من أنكر ، فإن هذا حكم شرعي تقرر لمصلحة معينة ، وهذا الحكم لا يلحقه التغير ولا التبديل لأن المصلحة التي قصده تحصيلها ثابتة كذلك . فإذا عرض على الفقيه واقعة مضمونها أن الصانع يدعي تلف السلعة التي سلمت إليه دون تعد أو تقصير ، في حين أن صاحب السلعة لا يوافق على دعواه ، فإن الفقيه ينظر فيجد أن الغالب على طائفة الصانع الصدق

والأمانة ، فيقول إن الصانع لا يضمن ويصدق في دعواه الهلاك أو التلف وليس لرب السلعة عليه إلا اليمين ، ويؤسس دعواه على أن المدعى هو الذى لا يشهد له الغالب ، والمدعى عليه ما كان قوله على وفق الغالب ، وحيث إن الغالب على الصانع الأمانة ، فيكون الصانع مدعى عليه ، وصاحب السلعة مدع ، وحيث إن البينة على المدعى واليمين على من أنكر ، فإن على رب السلعة أن يقيم الدليل على تعدى الصانع أو تقصيره ، وهو إذا لم يفعل فليس على الصانع إلا اليمين . فإذا تغير الزمن ، وفست الذم ، وضعف سلطان الدين على النفوس وغلب على طائفة الصانع الخيانة والتعدى ، فإن الفقيه يحكم بتضمن الصانع لأنه يعتبر مدعياً ، حيث إن دعواه على خلاف الظاهر الغالب ، إذ الغالب على الصانع الخيانة والتعدى . وقد تغيرت الفتوى في الحالتين ، ولم يتغير الحكم الشرعى ولا المصلحة التى شرع هذا الحكم لتحقيقها . فالفقيه فى كلا الحالين طبق الحكم الشرعى تحقيقاً للمصلحة التى شرع هذا الحكم لتحقيقها . وهذا تماماً كما إذا قلنا كل مسكر حرام ، ثم رأينا رجلاً يشرب عصيراً فحققنا مناط هذا الحكم فيه فقلنا بحله لأنه ليس مسكراً ، وفى اليوم التالى نخمر العصير ، فقلنا بالحرمة لوجود مناط الحكم الشرعى فى الحالة الثانية دون الأولى . فهل يقال إن الحكم الشرعى تغير بتغير المصلحة ؟ إن كل الذى حدث أننا طبقنا الحكم الشرعى وحققنا مناطه فى بعض الوقائع فوجدنا الحكم ينطبق على الواقعة فى حالة دون أخرى ، أو على بعض الوقائع دون البعض الآخر .

وبالمثل فإذا ورد حديث الرسول عليه السلام برفض التسعير ، واستنبط الفقيه أن مناط رفض الرسول للتسعير أنه لم تكن هناك حاجة لهذا التسعير ، بأن لم يكن ارتفاع الأسعار نتيجة احتكار أو تواطؤ من التجار بقصد استغلال حاجة الأمة ، فإن الحكم الشرعى يكون عدم جواز التسعير ما لم يكن للتجار دخل فى ارتفاع هذا السعر . وهذا الحكم ثابت لا يلحقه تغيير

ولا تبديل ، فإذا عرض على الفقيه واقعة مضمونها أن أسعار الأرض قد ارتفعت ارتفاعاً مفاجئاً ، فإنه يحقق مناط هذا الحكم الشرعى ، أو يطبق حكم الشرع على هذه الواقعة فيقول : ارتفاع السعر المتعمد بفعل التجار يقتضى التسعير عليهم ، وحيث إنه قد ثبت أن ارتفاع السعر هنا لم يكن بفعلهم ، فإنه لا ضرورة لهذا التسعير ، وبالعكس إذا ثبت أن رفع السعر كان بفعل التجار .

فالأحكام الشرعية بعد استنباط مناطها لا يلحقها التغيير ولا التبديل ، وإنما تطبق على الوقائع ، كما يطبق القاضى حكماً يقضى به القانون على واقعة معروضة أمامه ، وهو يقضى بحكم القانون على الواقعة إذا تحقق فيها مناطه ، أو لا يقضى به إذا لم يوجد فيها هذا المنط ، ولا يقال إن حكم القانون قد تغير ، إذ القاضى لا يستطيع أن يعدل فى القانون ، ولا يغير فى أحكامه ، فكيف يستجيز المسلم أن يغير حكم الله ؟

ولعل القائل بتغيير الأحكام الشرعية بتغير المصالح لا يقصد الحكم الشرعى ، وإنما يقصد أن الواقعة إذا تحقق فيها مناط الحكم الشرعى طبق عليها وإلا فلا ، فإذا كان التجار قد رفعوا السعر طلباً للربح الحرام فإن التسعير يجوز ، لأن المصلحة تقتضى بذلك ، وإذا ارتفعت الأسعار دون تدخل منهم فإن التسعير لا يجوز لأنه لا مصلحة تقتضيه ، كما صورته فضيلته ولكن ما دخل هذا فى الحكم الشرعى نفسه ، وفى المصلحة التى جاء هذا الحكم لتحقيقها ؟ إن الحكم ثابت ، والمصلحة دائمة . فهل إذا نص الشارع على أن من كان جنباً فعليه أن يتطهر ، فوجد المكلف جنباً يوماً فليزمه الغسل ، وغير جنب فى يوم آخر ، فلم يلزمه ، هل يقال فى هذه الحالة إن الحكم قد تغير لتغير المصلحة ؟ أم يقال إن الحكم انطبق فى حالة دون أخرى . وهو ثابت دائم ؟ أما إذا كان فضيلته يقصد بالحكم المقدمة النظرية ، أى الحكم

بأن الصانع مدع أو مدعى عليه بحسب الغالب والعادة ، وأن السعر ارتفع بفعل التجار أو بغير فعلهم ، فإن هذا ليس حكماً شرعياً ، بل إنه يطلب هذا الحكم من غير الفقيه ، فيسأل الخبراء في التجارة وشئون الأسعار عما إذا كان ارتفاع السعر يتدخل من التجار أم لا ، وهل هم يبيعون بسعر المثل أو بأزيد منه ، ويقبل قولهم في هذا الحكم لأنه ليس حكماً شرعياً ، بل هو حكم عادي يعتمد على الواقع ويؤخذ من مجريات الأمور ، وكذلك الشأن في المدعى أو المدعى عليه يسأل أهل الخبرة عما إذا كانت دعوى المدعى على خلاف العادة والغالب أم لا ؟ وهذا يعتمد على استقرار عادة الطائفة التي منها المدعى وغير ذلك من الملابسات ، وفي الحكم على الشراب بأنه مسكر أم لا نعتد على التحليل وقول أهل الخبرة بالشراب ، لأن هذا ليس حكماً شرعياً .

فإذا ثبت شرعاً أن للمرأة أن تؤدي الفرائض في المسجد ، ثم استخرج الفقيه مناط هذا الحكم فقال إن خروج النساء إلى المساجد مصلحة لا ضرر فيه ولا مفسدة ، فيجوز تحصيلها للمصلحة الخاصة أو الراجحة ، فإن هذا حكم شرعي ثابت لا يلحقه تغيير أو تبديل ، فإذا كنا في زمن فيه صلاح قيل لأهل الخبرة والمطلعين على أحوال الناس من رجال الأمن والآداب ، هل خروج النساء إلى المساجد مصلحة خالصة أو راجحة ؟ فإن قالوا نعم ، لم يمنع من ذلك ، فإذا تبين أن هناك مفسد من خروج النساء تساوى المصلحة من الخروج أو زيد كان مقتضى الحكم الشرعي نفسه أن يمنع ، إذ مناط الحواز المصلحة الخاصة أو الراجحة ، وهو غير متحقق في هذه الحالة .

والخلاصة أن كل دليل شرعي يتركب من مقدمتين : إحداهما نظرية ، وهي تحقيق مناط الحكم الشرعي ، والحكم فيها ليس حكماً شرعياً . والثانية نقليّة ، وهي الحكم الشرعي نفسه ، والآخر ثابت لا يتغير ولا يتبدل ، لأن المصلحة التي قصد به تحقيقها لا تصير مفسدة . وبالعكس ، وأما الأول

فيمن أن يقال إنه يعتمد على العادات والتجارات والخبرات وغير ذلك من الظروف المتغيرة ، فيتغير بتغيرها ، ولكن الحكم الشرعي والمصلحة التي شرع لتحصيلها ثابتان لا يتغيران إلا بانقضاء هذا الكون . وهناك نقطة ربما كان من الأفضل أن نوضحها في هذا المقام ، فقد يقال إن الحديث الذي منع من التسعير لم يبين اختصاص المنع بحالة ما إذا كان ارتفاع السعر بدون تدخل من أحد ، فإذا قلنا بجوازه عندما يكون ارتفاع السعر بفعل التجار ويكون في تركه ضرر على الكافة ، فإن الحكم الشرعي يكون قد تغير بتغير المصلحة ، فقد كان الحكم عدم جواز التسعير ثم جاز .

والجواب على ذلك أن المنع من التسعير لا بد أن يحدد مناطه ، فإن كان المناط أنه تسعير على أي حال ، فإنه يكون حكماً ثابتاً لا يجوز لمسلم أن يخالفه ، أو يفق بتغيره ، فإن ذلك نسخ للأحكام الشرعية . وإن كان المناط أنه ظلم حيث لا تدخل من أحد ، فإن تحقيق مناط هذا الحكم وتطبيقه على الوقائع لا يعد تغييراً له كما سبق . ويكون الحكم بان ارتفاع السعر كان بتدخل أو بغير تدخل من التجار حكماً بتحقيق المناط ، وهو حكم الفقيه بأن الواقعة تدخل تحت حكم الشارع . ويمكن التمثيل لذلك بما إذا كان حكم القانون أن من هرب عملة أجنبية إلى داخل البلاد يعاقب بالحبس مدة معينة ، ثم عرض على القاضي واقعة فيها مقاصة بين اثنين على عملة أجنبية ، فحكم القاضي بأن هذه الواقعة تعد تهريباً ينطبق عليه حكم القانون ، وفي حالة أخرى يجد القاضي أن الواقعة لا تدخل تحت هذا الحكم . ومن الواضح أن هناك فرقاً بين حكم القانون وحكم القاضي بأن الواقعة المعروضة تدخل تحت هذا الحكم ، وحكم القاضي قد يتغير بتغير الوقائع ، وحكم القانون ثابت لا يغيره إلا المشرع نفسه ، ولم نسمع أن قاضياً غير حكم المشرع الوضعي لأنه رأى أن المصلحة التي شرع الحكم تحقيقاً لها قد تغيرت . ولو أن قاضياً فعل ذلك لكان معتدياً على سلطة التشريع ، وكان عقابه العزل ،

ووسم بالجهل لأنه طلب منه أن يطبق حكم القانون ، وليس تبديله وتغييره إذا عن له أن المصلحة التي وضع الحكم لتحقيقها قد تغيرت ، ولكن لا يجادل أحد في أن للقاضي أن يبحث عن الحكمة التشريعية ، وأن يتعرف المصلحة التي قصد الشارع تحقيقها بالحكم ، فإذا توصل إلى الحكم القانوني بمناطه وقف عنده لا يتعداه ولا يغيره .

التعريف الذي نرتضيه :

والتعريف الذي نرتضيه ليكون نقطة بداية لدراسة نظرية المصلحة هو تعريف الغزالي للمصلحة . إلا أننا سوف لا نكتفي بهذا القدر الذي اكتفى به غيرنا في اعتبار المصلحة دليلاً شرعياً ، أعني مجرد دخول المصلحة التي نقول بها تحت مقاصد الشارع العامة ، كما فعل الطوفي ومن تحا نحوه ، وارتضى طريقته ، بل إننا نوافق الغزالي الشافعي والشاطبي المالكي موافقة تامة في اشتراط شروط زائدة على هذا القدر من الاعتبار حتى تكون المصلحة دليلاً في التشريع ، هذه الشروط تتلخص في أحد أمرين : إما أن يثبت الشارع حكماً على وفقها ، بحيث يمكن استنباط المصلحة منه ثم الحكم بها في غير محل النص ، وهو المسمى عند الأصوليين باستخراج المناط ، وهو استنباط علة الحكم من النص دون أن تكون هذه العلة منصوصاً أو مجمعاً عليها . وإما أن تكون المصلحة ملائمة لجنس تصرفات الشارع بأن تكون داخلية تحت جنس اعتبره الشارع في الجملة بغير دليل معين ، والمشهور إطلاق المصلحة المرسلة على المصلحة الملائمة . وتسمية الطريق الأول بالإخالة أو استنباط المناط ثم تحقيقه ، إلا أن القرافي المالكي ، وصدر الشريعة الحنفي يسميان الإخالة أو استخراج مناط الحكم مصاحبة مرسلة ، على اعتبار أن المناط أو العلة غير منصوص أو مجمع عليها فتكون مرسلة^(١) .

(١) انظر القرافي في تنقيح الفصول ص ١٧١ حيث يقول : « فأما المصلحة المرسلة فالقول =

وسوف نفصل القول في ذلك فيما بعد إن شاء الله تعالى .

== أنها خاصة بنا ، وإذا افتقدت المذاهب وجدتهم إذا فاسوا أو جمعوا أو فرقوا بين المسألتين لا يطلبون شاهداً بالاعتبار لذلك المعنى الذى به جمعوا أو فرقوا ، بل يكتفون بمطلق المناسبة ، وهذا هو المصلحة المرسله ، فهى حينئذ فى جميع المذاهب : وانظر شرح التلويح على التوضيح ٧١ : ٢ . يقول القاضى صدر الشريعة الحنفى : « وإذا وجدت الملايعة يصح العمل ولا يجب عندنا ، بل يجب إذا كانت مؤثرة ، وعند بعض الشافعية يجب العمل بالملائم بشرط شهادة الأصل ، وعند البعض بمجرد كونه مخيلاً ، وهذا يسمى المصالح المرسله ، أى الأوصاف التى تعرف عليها بمجرد كونه مخيلاً تسمى بالمصالح المرسله » .

الباب الأول

نظرية المصلحة في الفقه المالكي

الفصل الأول — المصلحة المرادة :

- المبحث الأول : تحديدها .
- المبحث الثاني : تطبيقاتها .
- المبحث الثالث : علاقتها بالنص .

الفصل الثاني — أصل إعتبار المال :

- المبحث الأول : مضمون الأصل وأدلته .
- المبحث الثاني : تطبيقاته .
- الفرع الأول : الذرائع .
- الفرع الثاني : الاستحسان .
- الفرع الثالث : التحيل .
- الفرع الرابع : قواعد أخرى .

الباب الأول

نظرية المصلحة في الفقه المالكي

نهرهم وتقسيم :

لم يدون مالك رضي الله عنه الأصول التي قيد بها نفسه في الاجتهاد ،
والتزمها في استنباط أحكام الفروع التي نسبت إليه ، والفتاوى التي رويت
عنه . وكان في ذلك كآبى حذيفة معاصره ، ولم يكن كتلميذه الشافعي الذي دون
أصوله في الاستنباط وضبطها ، وذكر البواعث التي دفعته إلى اعتبارها ،
ومقامها من الاستدلال .

ولقد جاء فقهاء المذهب المالكي وشيوخه إلى فتاوى مالك والفروع
التي رويت عنه واستنبطوا منها ما يصح أن يكون أصولاً قام عليها الاستنباط
في ذلك المذهب العظيم . ولقد قاموا بتدوين تلك الأصول المستنبطة على
أنها أصول مالك ، عليها اعتمد في اجتهاده ، وإليها رجع في التفريع ،
وألزم نفسه بقيودها ، وإن لم يصرح بها فيما رواه الأتباع عنه^(١) .

ولا يسع الباحث إلا أن يسلم أن هذه هي أصول مالك في الاستنباط ،
فإن أتباع الإمام والشيوخ الموثوق بهم في المذهب أقدر الناس على استنباط
مثل هذه الأصول . وليس للباحث أن يناقش في النتائج التي توصل إليها

(١) انظر مالك بن أنس لأستاذنا الكبير فضيلة الشيخ أبو زهرة ص ٢٥٤ .

هؤلاء الشيوخ إلا إذا خالفت النص الصريح المروى عن الإمام نفسه .

ولقد ذكر شيوخ المالكية أن مالكاً كان يحتج بالمصالح المرسلّة ويأخذ بالاستحسان ، ويسد الذرائع ، ويمنع التحيل ، ويستخرج المصالح أو العلل غير المنصوصة بطريق الاجتهاد . ولم يصرح مالك بذلك كما سبق ، ولكن شيوخ المذهب المالكي والمخرجين فيه استنبطوا هذا من الفتاوى التي رويت عن إمامهم ، والأدلة الجزئية التي ذكرت بجوار هذه الفتاوى في بعض الأحيان ، أو التي استدلت بها الأتباع لفتوى لم يصرح مالك بدليلها الجزئي .

وهذه القواعد أو طرق الاستدلال مرتبطة ارتباطاً لا يقبل التجزئة ، ذلك أن المصلحة المرسلّة هي المصلحة التي ترجع إلى أصل شرعي شهدت له النصوص في الجملة بغير دليل معين ، والاستحسان المالكي يرجع إلى تقديم الاستدلال المرسل على القياس ، وسد الذرائع معناه المنع من الفعل الجائز لمصلحة إذا كان الفعل ذريعة إلى تفويت مصلحة أهم أو حدوث ضرر أكبر ، وهذا أصل شرعي شهدت له النصوص في الجملة . والتحيل الذي يمنعه مالك رضي الله عنه هو التوسل بفعل ظاهر الجواز إلى هدم المصالح الشرعية المعتمدة ، والمنع من هذا التوسل أصل شرعي التفت إليه الشارع وراعاه في التشريع ، وتفريع الأحكام . وأما الاكتفاء بمطلق المناسبة أو استخراج المناط بطريق الاجتهاد . فقد أطلق عليه القرافي المالكي اسم المصلحة المرسلّة ، ناظراً إلى أن العلة لم ينص ولم يجمع عليها ، وإنما استنبطها الفقيه معتمداً على المناسبة أو المصلحة التي شرع الحكم في الأصل لتحقيقها .

وسوف أقسم هذا الباب إلى فصلين : أخصص الفصل الأول للكلام على المصلحة المرسلّة : تحديدها ، تطبيقها على الفتاوى المروية عن مالك رضي الله عنه ، وأخيراً علاقتها بالنصوص الشرعية .

وأما الفصل الثانى فسوف أجمع فيه الذرائع ، والاستحسان ، ومنع التحيل تحت أصل واحد أطلق عليه الشاطبى أصل اعتبار المآل ، واستدل عليه ، ثم أرجع إليه هذه القواعد الثلاث . وفى هذا الفصل أتعرض لشرح أصل اعتبار المآل وأقيم الأدلة على اعتباره ، وذلك فى مبحث أول ، ثم أخصص مبحثاً آخر لتطبيقاته مكتفياً منها بقاعدة الذرائع والاستحسان ومنع التحيل ، مفصلاً القول فى كل منها فى فرع مستقل .

الفصل الأول

المصلحة المرسلّة

لقد اشتهر عن مالك القول بالمصالح المرسلّة حتى أضحي يذكر بها ، وتذكر به ، ويكاد يجمع كتاب الأصول قديماً وحديثاً على أن فقه مالك رضى الله عنه يمتاز عن غيره بأنه فقه المصالح ، وامتيّاز الفقه المالكي عن غيره ليس في أصل الأخذ بهذا الأصل ، بل في كثرة الرجوع إليه والبناء عليه . ولكن المصالح التي اعتمدها مالك مصالح تجدد سندها في النصوص الشرعية نفسها ، وليست المصالح الغريبة التي يعد القول بها عملاً بالرأى وتشريعاً بالهوى وقولاً بالتشهي . وإذا رأينا بعض أتباع مالك ينفي عنه العمل بالمصالح المرسلّة ، فهذا النوع الأخير من المصالح يعني لا المصالح الملازمة التي التفت الشارع إلى جذسها . وراعاها في أحكامه .

ولقد قسمت هذا الفصل إلى مباحث ثلاثة : خصصت الأول منها لتحديد المصلحة التي اعتبرها مالك حجة في التشريع ، وأما المبحث الثاني فقد عرضت فيه لبعض الفتاوى التي رويت عن مالك وكان سند الفتوى فيها هو المصلحة المرسلّة ، وطبقت عليها الاستدلال المرسل كما حددته في المبحث الأول ، وذلك بقصد إثبات رجوع هذه الفتاوى إلى النصوص الشرعية في الجملة ، بل وقد أجريت القياس في هذه الفروع ، وسميت هذا القياس قياس المصالح أو القواعد زيادة في تأكيد أن كل مصلحة قال بها مالك رضى الله عنه ترجع إلى أصول تشهد لها بالاعتبار ، وإن كانت شهادة النصوص لجنس المصلحة وليس لعينها . وأما المبحث الثالث فقد تكلمت فيه على علاقة المصلحة بالنص الشرعي راداً شبه من زعموا أن مالكاً يقدم رعاية المصلحة على النصوص القطعية ، ويترك بها أخبار الآحاد .

المبحث الأول

تحديد المصلحة المرسله

تمهيد :

يعد الإمام الشاطبي بحق أعظم من كتبوا في أصول الفقه وفلسفة التشريع ، وليس هناك بعد الشافعي الذي وضع أصول هذا الفن ، من بلغ شأو الشاطبي أو دانه وكتابه الموافقات في أصول الشريعة أكبر شاهد وخير دليل .

ولقد ثبت الشاطبي نظرية قطعية أصول الفقه وأرسي قواعدها .
ومضمون هذه النظرية يتلخص في أمرين :

أولها : أن كل أصل يبني عليه الفقه ، ويرجع إليه في استنباط أحكامه يجب أن يكون قطعياً ، وسواء أقصد بالأصل الدليل من الكتاب والسنة ، أم القاعدة الكلية المأخوذة بالاستقراء من نصوص الشريعة ، أو الكليات الشرعية المنصوصة . وفي هذا يقول : « إن أصول الفقه في الدين قطعية لا ظنية » ، ثم يقيم الأدلة على صحة هذه الدعوى (١) .

وثانيهما : أن الأدلة الراجعة إلى العقل لا تستقل بالدلالة في أصول الفقه ، فلا يجوز أن يعتمد على حكم العقل في إثبات حكم شرعي ، بل إن المعول عليه هو النقل في إثبات الأحكام الشرعية والعقل معين في طريق النقل فيقول (٢) :

(١) انظر الموافقات ج ١ ص ٢٩ .

(٢) المرجع السابق ج ١ ص ٢٥ .

« الأدلة العقلية إذا استعملت في هذا العلم فإنما تستعمل مركبة على الأدلة السمعية ، أو معينة في طريقها ، أو محققة لمناطها ، أو ما أشبه ذلك ، لاستمثلة بالدلالة لأن النظر فيها نظر في أمر شرعي والعقل ليس بشارع » .

ثم يؤكد هذا المعنى فيقول ^(١) : « إذا تعاضد النقل والعقل على المسائل الشرعية ، فعلى شرط أن يتقدم النقل فيكون متبوعاً ، ويتأخر العقل فيكون تابعاً ، فلا يسرح العقل في مجال النظر إلا بقدر ما يسرجه النقل » ^(٢) .

(١) المواقفات ج ١ ص ٨٧ .

(٢) « والدليل على ذلك أمور :

الأول : لو جاز للعقل تخطي مأخذ النقل ، لم يكن للحد الذي حده النقل فائدة ، لأن الغرض أنه حد له حداً ، فإذا جاز تعديه صار الحد غير مفيد ، وذلك في الشريعة باطل ، فما أدى إليه مثله .

والثاني : ما تبين من علم الكلام والأصول ، من أن العقل لا يحسن ولا يقبح ، ولو فرضناه متعدياً لما حده الشرع لكان محسناً ومقبحاً ، هذا خلف .

والثالث : أنه لو كان ذلك لجاز لإبطال الشريعة بالعقل ، وهذا محال باطل : وبيان ذلك : أن نص الشريعة أنها تحد المكلفين حدوداً في أفعالهم ، وأقوالهم ، واعتقاداتهم ، وهو جملة ما تضمنته . فإن جاز للعقل تعدي حد واحد ، جاز له تعدي جميع الحدود ، لأن ما ثبت للشيء ثبت لأمثله ، وتعدي حد واحد هو معنى لإبطاله ، أي ليس هذا الحد بصحيح . وإن جاز لإبطال واحد جاز لإبطال السائر ، وهذا لا يقول به أحد لظهور محاله « المرجع السابق » .

ثم أورد الشاطبي على نفسه اعتراضات ثلاثة حاصلها أن هذه الدعوى يلزمها نفى القياس وعدم جواز التخصيص بالعقل ، وبطلان ما اتفق عليه المجتهدون من أن المعنى المناسب إذا كان جلياً سابقاً لآلهم عند ذكر النص صح تحكيم ذلك المعنى في النص بالتخصيص له والزيادة عليه .

ثم رد الشاطبي على هذه الاعتراضات الثلاثة بأن القياس ليس تصرفاً ببعض العقل ، بل إن الشرع إذا دلنا على إلحاق المسكوت عنه بالنصوص عليه ، وأن ذلك يعتبر مقصوداً للشارع ،

ثم يبين أن كون الفعل مصلحة أو مفسدة يرجع إلى الشارع نفسه ، فهو الذى يقرر أن الفعل مصلحة أو مفسدة ، ولا يرجع ذلك إلى ما يميله الطبع ويأمر به الهوى فيقول (١) :

« المصالح المحتملة شرعاً والمفاسد المستدفةة إنما تعتبر من حيث تقام الحياة الدنيا للحياة الأخرى ، لا من حيث أهواء النفوس في جلب مصالحها العادية ، أو درء مفاسدها العادية » (٢) .

== مأموراً به منها عليه ، فإن العقل لا يكون مستقلاً بذلك ، بل هو مهتد فيه بالأدلة الشرعية . وعن الثاني بأن العقل لا يخص ، وإن خصص فليس معنى تخصيصه أنه يتصرف في اللفظ المقصود به ظاهره ، بل هو مبين أن الظاهر غير مقصود في الخطاب . وعن الثالث بأن الإلحاق قياس ، والتخصيص فهم للفظ لا لإخراج منه ، كما في إلحاق كل مشوش بالغضب ، وإخراج الغضب السير ، وجواز القضاء معه ، في قول الرسول لا يقضى القاضى وهو غضبان المرجع السابق . (١) الموافقات ج ٢ ص ٣٧ .

(٢) « والدليل على ذلك أمور ، أحدها : أن الشريعة إنما جاءت لتخرج المكلفين عن دواعى أهوائهم ، حتى يكونوا عباداً لله ، وهذا المعنى إذا ثبت لا يجتمع مع فرض أن يكون وضع الشريعة على وفق أهواء النفوس ، وطلب منافعها العاجلة كيفما كانت ، وقد قال ربنا : « ولو اتبع الحق أهواءهم لفسدت السموات والأرض » . والثاني : أن المنافع الحاصلة للمكلف مشوبة بالمضار عادة ، كما أن المضار محفوفة ببعض المنافع ، كما نقول إن النفوس محترمة محفوظة ومطلوبة الإحياء ، بحيث إذا دار الأمر بين إحيائها وإتلاف المال عليها ، أو إتلافها وإحياء المال ، كان إحيائها أولى . فإن عارض إحياءها إماتة الدين كان إحياء الدين أولى وإن أدى إلى إماتتها كما جاء في جهاد الكفار ، وقتل المرتد ، وغير ذلك ، وكما إذا عارض إحياء نفس واحدة إماتة نفوس كثيرة في المحارب مثلاً ، كان إحياء النفوس الكثيرة أولى . وكذلك إذا قلنا الأكل والشرب فيه إحياء النفوس ، وفيه منفعة ظاهرة مع أن فيه من المشاق والآلام في تحصيله ابتداء ، وفي استعماله حالا ، وفي لوازمه وتوابعه انتهاء ، ومع ذلك فالتعبد إنما هو الأمر الأعظم ، وهو جهة المصاحبة التي هي عماد الدين والدنيا ، لا من حيث أهواء النفوس . والثالث : أن المنافع والمضار عامتها أن تكون إضافية لا حقيقية ، ومعنى كونها إضافية أنها منافع أو مضار في حل دون حال ، وبالنسبة لشخص دون شخص أو وقت دون وقت ... وهذا كله يبين في كون المصالح والمفاسد مشروعة أو ممنوعة لإقامة هذه الحياة لا لتبيل الشهوات .

والرابع : أن الأغراض في الأمر الواحد تختلف ، بحيث إذا نفذ غرض بعض وهو منتفع به تضرر آخر لخالفه غرضه ، فحصول الاختلاف في الأكثر يمنع من أن يكون وضع الشريعة على وفق الأغراض ، وإنما يستتب أمرها بوضعها على وفق المصالح مطلقاً ، وافقت الأغراض أو خالفها المرجع السابق .

والقد عرض الشاطبي للاستدلال المرسل كأصل من أصول الفقه في كتابيه : الموافقات في أصول الشريعة والاعتصام . وفي الموضوعين كان يبدو حريصاً على أن يرد هذا النوع من الاستدلال إلى النصوص الشرعية ، منها يؤخذ وإليها يرد ، وبذلك أبعد عن إمام دار الهجرة أنه يحكم المصالح التي يراها في نصوص الشرع .

وسوف نعرض ما كتبه الشاطبي في المصلحة في كتابه الموافقات أولاً ، ثم في الاعتصام ثانياً .

الفرع الأول

الاستدلال المرسل كما يؤخذ من الموافقات

تطبيقاً لنظرية قطعية أصول الفقه ، قرر الشاطبي أن الاستدلال المرسل أصل من أصول الفقه ، وقاعدة من قواعده ، وإذا كان كذلك ، فهو أصل قطعي ، ودليل أخذ من استقراء نصوص الشريعة استقراء يفيد اليقين ، فالبناء عليه ، والتفريع على أساسه ، بناء على أصل كلي ، ودليل قطعي ، ولا أجد عبارة أقوى ولا أفصح من عبارة هذا الإمام الجليل في عرض هذا الأصل ، يقول رحمه الله : « كل أصل شرعي ، لم يشهد له نص معين ، وكان ملائماً لتصرفات الشرع ، وما خوذاً معناه من أدلته ، فهو صحيح يبنى عليه ، ويرجع إليه إذا كان ذلك الأصل قد صار بمجموع أدلته مقطوعاً به . لأن الأدلة لا يلزم أن تدل على القطع بالحكم بانفرادها دون انضمام غيرها إليها . . . ويدخل تحت هذا ضرب الاستدلال المرسل الذي اعتبره مالك والشافعي ، فإنه وإن لم يشهد للفرع أصل معين ، فقد شهد له أصل كلي ، والأصل الكلي ، إذا كان قطعياً ، قد يساوي الأصل المعين ، وقد يربى عليه بحسب قوة الأصل المعين وضعفه ، كما أنه قد يكون مرجوحاً في بعض

المسائل ، حكم سائر الأصول المعينة المتعارضة في باب الترجيح ، وكذلك أصل الاستحسان ، على رأى مالك ، يبنى على هذا الأصل ، لأن معناه يرجع إلى تقديم الاستدلال المرسل على القياس ،^(١) .

ويؤخذ من هذا النص ما يأتى :

١ - أن المصلحة المرسله ، عند الشاطبي ، هي المصلحة التي لم يشهد لها نص معين ، ولكنها ملائمة لجنس تصرفات الشرع ، وبذلك يكون الشاطبي قائلاً بحجية ملائم المرسل ، الذى عبر عنه الغزالي بأنه المناسب الذى يلائم تصرفات الشرع ، ولكن لم يشهد له أصل معين ، وليس قائلاً بالمصلحة بمعنى غريب المرسل الذى لا يلائم ، ولا يشهد له أصل معين .

٢ - ينسب هذا القول إلى الشافعى رضى الله عنه ، وإلى الإمام مالك .

أما الشافعى فسنرى أن من كتبوا فى الأصول من الشافعية يتفقون على الأخذ بملائم المرسل ، وهو المناسب الذى يلائم ولا يشهد له أصل معين ، وإن كان بعض الشافعية يحكى الخلاف فى غريب المرسل وينسبون القول به إلى بعض الأئمة ، إلا أنهم يتفقون على القول بأنه ليس حجة عندهم . وهذا يؤيد نسبة الشاطبي هذا القول إلى الشافعى رضى الله عنه ، وأما بالمسبة إلى الإمام مالك رضى الله عنه ، فإن القول بالمصالح المرسله قد اشتهر عنه ، والشاطبي هنا يؤكد أن المصلحة التي يقول بها مالك هي ملائم المرسل ، أى المناسب الذى يلائم ولا يشهد له أصل معين ، وليس كما يقول البعض بأن مالكاً يأخذ بغريب المرسل .

٣ - أن ملائمة المصلحة لتصرفات الشرع لا تعرف من دليل واحد ولا نص خاص . وإنما من جملة أدلة ، وعدة نصوص تفيد القطع بمجموعها ،

وإن لم تفد القطع بأحاديها . وذلك دون اشتراط للتأثير الذى يقول به
الحنفية ، فالأصل الذى يؤخذ فى الاستقراء ، لاستنباط المصلحة الكلية
والأصل العام ، يكفى فيه أن يثبت الحكم مع الوصف وإن لم يدل النص
ولا يقوم الإجماع على أن ذلك الوصف مناط الحكم . وذلك منه موافقة
لمذهب الجمهور القائلين بأن ترتيب الحكم على الوصف يفيد ظن اعتبار
الشارع له . أو بمعنى آخر أن الإخالة تفيد ظن الاعتبار ، وبذلك يؤخذ مثل هذا
الأصل فى استنباط المصلحة الكلية . أو ما أسماه الشاطبى الأصل الكلى .

٤ - يفرق الشاطبى بين الأصل الكلى ، وبين تحقيق مناطه فى أحد
الجزئيات ، فالأصل الكلى هو المأخوذ بالاستقراء من عدة نصوص
وأصول تفيد القطع فى مجموعها ، ولكن تحقيق مناط هذا الأصل الكلى
فى أحد الجزئيات ظنى ، كالشأن فى تحقيق مناط أية علة ، ولو كانت ثابتة
بالنص . وعلى هذا الأساس تكون المصلحة الجزئية المتحققة فى الفرع
الذى يراد معرفة حكمه ، أو تحقيق مناط القاعدة فيه ، مصلحة ظنية .

فإذا قلنا إن المصلحة المرسلة دليل قطعى ، فعنى هذا أننا نعنى المصلحة
الكلية ، أو الأصل العام ، أو العام الاستقرائى ، وليس تحقيق مناطه فى
أحد الفروع . وهذا كما يقال إن عام القرآن دليل قطعى ، ولكن دلالاته
على الأفراد ظنية كما يقول الجمهور وكما يقول الحنفية بالنسبة للعام ظنى السند
أو قطعيه إذا خص بقطعى . أما إذا أطلقنا القول بأن المصلحة دليل ظنى
فإننا نعنى بذلك تحقيق مناط الأصل الكلى فى أحد الجزئيات . فعلى سبيل
المثال ، تقديم المصلحة الكلية على المصلحة الجزئية مصلحة قطعية كما يقول
الغزالى ، وتطبيق هذا الأصل الكلى على مسألة الترس ، والقول بأن مناط
هذه المصلحة الكلية أو الأصل العام متحقق فى المسألة ظنى لا قطعى ،
وعلى كل حال ، فإن هذا لا يغير من الحقيقة - وهى أن العمل بالظن
واجب شيئاً ويقال إن المصلحة المتحققة فى قتل الترس مصلحة جزئية

ظنية ، ولكن أصل تقديم الكل على الجزئ أصل قطعى ، ومصلحة علم كونها مقصوداً للشارع بأدلة تفوق الحصر ، كما قرر الغزالي ، قال ولكن تحقيق هذه المصلحة ، أو هذا المقصود من طريق قتل مسلم برىء غريب لم يشهد له نص معين .

٥ - يرى الشاطبى أن الاستحسان المالىكى ضرب من التعارض بين المصلحة المرسلّة والقياس ، وتقديم هذه المصلحة على القياس ، لأن معناه يرجع إلى تقديم الاستدلال المرسل على القياس . وهذا يؤكد القول بأن المصلحة المرسلّة تعارض القياس وتقدم عليه ولا يمكنها لا تناقض النص الشرعى كما سنرى .

٦ - وأخيراً يرد الشاطبى على اعتراض حاصله : إن الشرع وإن اعتبر كل المصلحة من أين يعلم اعتباره لهذه المصلحة الجزئية المتنازع فيها ؟ ومعنى هذا الاعتراض أن الأدلة قامت على أن المصلحة العامة تقدم على الخاصة مثلاً ، وذلك فى منع بيع الحاضر للبادى رعاية لمصلحة أهل السوق . وكذلك المنع من تلقى الركبان لمصلحة أهل الحضر ، وغير ذلك من الجزئيات التى تقيد أن تقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة مقصود للشارع . فإذا منعنا مسلماً من إقامة مصنع فى جهة أهلة بالسكان ، أو فرضنا عليه قيوداً معينة فى استعمال ملكه مراعاة لمصلحة الجماعة ، فكيف نعرف أن الشارع قصد تقديم مصلحة الجماعة على مصلحة الفرد فى صورة المنع من بناء المصنع أو تقييد البناء ؟

والشاطبى يرد على هذا الاعتراض بالقوة المعهودة فيه قائلاً : إن الأصل الكلى إذا انتظم فى الاستقراء يكون كلياً جازياً مجرى العموم فى الأفراد^(١) .

ويزيد هذا المعنى وضوحاً فيقول : « إن المجتهد إذا استقرى معنى عاماً من أدلة خاصة ، واطرد له ذلك المعنى ، لم يفتقر بعد ذلك إلى دليل خاص على خصوص نازلة تعن ، بل يحكم عليها ، وإن كانت خاصة ، بالدخول تحت عموم المعنى المستقرى ، من غير اعتبار بقياس أو غيره ، إذا صار ما استقرى من عموم المعنى كالمخصوص بصيغة عامة ، فكيف يحتاج مع ذلك إلى صيغة خاصة » (١) .

٧ - فالمصلحة المرسله ، باعتبارها أصلاً كلياً ، عام استفيد من استقرار نصوص الشريعة . ولقد قرر الشاطبي أن العام المستفاد من استقرار نصوص الشريعة يجرى في قوة الاحتجاج به مجرى العام المستفاد من الصيغة فيقول : « العموم إذا ثبت فلا يلزم أن يثبت من جهة صيغ العموم فقط ... بل من استقرار مواقع المعنى حتى يحصل منه في الذهن أمر كلي عام فيجرى في الحكم مجرى العموم المستفاد من الصيغة » .

ومثل لذلك بقاعدة رفع الحرج في الدين ، فقال : « فإننا نستفيدة من نوازل متعددة خاصة بمختلفة الجهات ، متفقة في أصل رفع الحرج ؛ كما إذا وجدنا التيمم شرع عند مشقة طلب الماء ، والصلاة قاعداً عند مشقة طلب القيام ، والقصر والفطر في السفر ، والجمع بين الصلاتين في السفر والمرض والمطر ، والنطق بكلمة الكفر عند مشقة القتل والتأليم ، وإباحة الميتة وغيرها عند خوف التلف الذي هو أعظم المشقات ، والصلاة إلى أى جهة عند تعسر استخراج القبلة والمسح على الجباثر والخفين لمشقة النزاع ولرفع الضرر ، والعفو في الصيام عما يعسر الاحتراز عنه من المفطرات ، كغبار الطريق ونحوه ، إلى جزئيات كثيرة جداً يحصل من مجموعها قصد الشارع لرفع الحرج فإذا تم للمجتهد هذا الاستقرار فإنه يطبق هذا العموم

الاستقرائي على كل ما تحقق فيه مناطه ، تماماً كما يفعل في العموم اللفظي .
يقول الشاطبي بعد أن أثبت أن رفع الحرج مقصود للشارع : « فإننا نحكم
بمطلق رفع الحرج في الأبواب كلها ، عملاً بالاستقراء فكأنه عموم
لفظي ، (١) » .

ولقد ذكر الشاطبي في الموافقات نوعين آخرين من المصالح ، قطع برد
أحدهما ، وجعل الآخر في محل الاجتهاد ثم رجح الأخذ به . أما النوع
الأول فهو المصالح التي تناقض النص . ويدخله الشاطبي تحت الظني الذي
يعارض أصلاً قطعياً ، ولا يشهد له أصل قطعي فيقول : « أما الظني المعارض
لأصل قطعي ، ولا يشهد له أصل قطعي فردود بلا إشكال ، وقد مثلوا هذا
القسم في المناسب الغريب (٢) بمن أفتى بإيجاب شهرين متتابعين ابتداءً هلي
من ظاهر من أمراته ولم يأت الصيام في الظهار إلا لمن لم يجد رقبة . ثم يقيم
الدليل على أن غريب المرسل إذا عارض النص القطعي يرد فيقول : « إنه
مخالف لأصول الشريعة ، ومخالف أصولها لا يصح ، لأنه ليس منها » (٣) .
فإذا استنبط المجتهد أن مناط الكفارة هو الزجر ، ثم أراد أن يعمل هذا
المناط في الإخراج من النص ، واستثناء الملك من الحكم الذي يدل عليه ،
كان مقدماً لظن على قطع ، وهذه مخالفة لأصول الشريعة ، في حين أنه إذا
استنبط أن مناط المنع من الميراث هو العدوان ، ثم استعمل هذا المناط في
إخراج القاتل خطأ أو بحق ، فإن اجتهاده هذا غير مخالف لأصل قطعي ،

(١) المرجع السابق ج ٣ ص ٢٩٩ .

(٢) الشاطبي يطلق على المناسب الملقى أو المصلحة التي شهد النص بإلغائها ، عبارة
المناسب الغريب . وهذا مجرد اصطلاح له ، فكان المناسب الغريب عنده قسمان : قسم عارض
نصاً أو أصلاً قطعياً ، فيلغى وهو المصلحة الملغاة ، وقسم لم يعارض أصلاً قطعياً ، فيؤخذ به
من باب القياس كما سيأتي له . وهذا القسم الأخير هو الذي عبر عنه الأصوليون بالإخالة ، وهو
استنباط مناط الحكم بالاجتهاد ، إذا لم يوجد نص ولا إجماع على هذا المناط .

(٣) الموافقات ٣ : ١٧ .

لأنه ليس اجتهاداً على خلاف نص قطعي ، بل لأنه تفسير للنص بالمعنى المتبادر منه .

أما النوع الثاني من المصالح فهو المناسب الغريب الذي لم يعارض أصلاً قطعياً . وقد قرر الشاطبي أن المناسب الغريب ظني لا يشهد له أصل قطعي ، ولا يعارض أصلاً قطعياً ، وهو ما يعبر عنه الأصوليون بأنه مائتة اعتبار عينه في عين الحكم بمجرد ترتيب الحكم على وفقه . وقد قال كما قال الغزالي إنه في محل النظر . ثم يوجه القول بأنه حجة فيقول : العمل بالظن على الجملة ثابت في تفاصيل الشريعة ، وهذا فرد من أفرادها ، وهو وإن لم يكن موافقاً لأصل ، فلا مخالفة فيه أيضاً ، فإن عضد الرد عدم الموافقة ، عضد القبول عدم المخالفة ، فيتعارضان ويسلم أصل العمل بالظن . . . وقد أعمل العلماء المناسب الغريب في أبواب القياس .

وسوف نرى أن بعض المالكية كالقرافي يدخل هذا النوع من الاجتهاد تحت اسم المصالح المرسلة . حيث إن العلة تثبت بمجرد الاستنباط ، دون أن يدل عليها نص معين . ولكن جمهور الأصوليين يسمون ذلك باستخراج المناط أو الإخالة ، ولا يكون فيه خلافاً بين الفقهاء إلا مانسبه بعض كتاب الأصول إلى الحنفية أنهم لا يأخذون به ، ويشترطون النص أو الإجماع على العلة ، وسوف نرى أن نسبة هذا إلى الأحناف لا تتفق مع الواقع الذي ثبت في فروعهم .

والخلاصة أن المصلحة المرسلة مصلحة تدخل تحت أصل شرعي مأخوذ من استقرار النصوص الشرعية ، وهي حجة قطعاً ، وأن المصلحة الغريبة التي أخذت بطريق الاستنباط من النص ، إن ناقضت النص ردت كما في كفارة المملك بالصوم بدل العتق ، وأما إذا لم تناقض نصاً ، كما في القول بأن مناط المنع من الميراث في قول الرسول : ولا ميراث لقاتل ، هو العدوان

ثم إخراج القتل قصاصاً، أو خطأ، من القتل المانع ، فإنه يؤخذ بها كدليل ظني. وقد عرفت أن عبارة المناسب الغريب الذي يناقض نصاً أو لا يناقضه ، مجرد اصطلاح استعمله الشاطبي في الموافقات ، وجمهور الأصوليين يسمون المناقض للنص ، مناسباً ملغياً ، والآخر ، مناسباً غريباً . والخلاف في الشكل لا في الجوهر .

الفرع الثاني

الاستدلال المرسل كما يؤخذ من الاعتصام

لقد عرض الشاطبي للمصلحة المرسلة بشكل أكبر ، وبصورة أوسع ، في كتاب الاعتصام ، وذلك بمناسبة التفرقة بين البدع والمصالح المرسلة ، والرد على من تعلقوا بالمصالح المرسلة كحجة لهم على تبرير البدع التي تعد قولاً بالرأى المجرد ، وتشريعاً بالتشهي ، فبين رحمه الله أن لا متعلق لمبتدع بالمصالح المرسلة ، لأنها مصالح تعتمد على النصوص ، منها تؤخذ ، وإليها ترد ، وهي جارية على سنن المناسبات المعقولة ، التي تصرف الشارع على وفقها ، وراعها في تشريع الأحكام .

ولقد بدأ الشاطبي بتقسيم المعنى المناسب ، الذي يظن المجتهد أن في تشريع الحكم بناء عليه وربطه به مصلحة تدخل تحت المقاصد الشرعية العامة ، ثم بين ما يطلق عليه المالكية عبارة المصالح المرسلة من هذه الأقسام ، راداً بعض المصالح التي نسب البعض القول بها إلى مالك رضي الله عنه ، مع أن مالكاً منها براه ، وسوف نرى أن كلامه في المصالح هنا لا يختلف عن كلامه في المصالح في الموافقات ، إلا أنه فصل هنا ما أجمله هناك ، وأكثر من التمثيل له والتفريع عليه .

وإليك نص الشاطبي في هذا التقسيم ، ثم النتائج التي تؤخذ منه :

أولاً - نص الشاطبي :

يقول الشاطبي رضي الله عنه ^(١) : « المعنى المناسب الذي يربط به الحكم لا يخلو من ثلاثة أقسام :

أحدها : أن يشهد الشرع بقبوله ، فلا إشكال في صحته ، ولا خلاف في إعماله ، وإلا كان مناقضة للشريعة ، كشرعية القصاص حفظاً للنفوس والأطراف وغيرها .

والثاني : أن يشهد الشرع برده ، فلا سبيل إلى قبوله إذ المناسبة لا تقتضي الحكم بنفسها ، وإنما ذلك مذهب أهل التحسين العقلي ، بل إذا ظهر المعنى وفهمنا من الشرع اعتباره في اقتضاء الأحكام فحينئذ نقبله . فإن المراد بالمصلحة عندنا ما فهم رعايته في حق الخلق من جلب المصالح ودرء المفاسد على وجه لا يستقل العقل بدركه على حال ، فإذا لم يشهد الشرع باعتبار ذلك المعنى ، بل يرده ، كان مردوداً باتفاق المسلمين ، ثم مثل له بمن أفتى ملاكاً جامع في نهار رمضان بالصوم مع قدرته على عتق الرقبة ، زجرأ له عن هذا الفعل فقال : « فهذا المعنى مناسب ، لأن الكفارة مقصود الشرع منها الزجر ، وهذه الفتيا باطلة . لأن العلماء بين قائلين : قائل بالتخيير ، وقائل بالترتيب ، فيقدم العتق على الصيام ، فتقديم الصيام بالمسبة إلى الغنى لا قائل به . »

والثالث : ما سكنت عنه الشواهد الخاصة ، فلم تشهد باعتباره ولا بإلغائه ، فهذا على وجهين :

أحدهما : أن يرد نص على وفق ذلك المعنى ، كتعليل منع القتل للميراث ، فالمعاملة بنقيض المقصود ، تقدير أن لم يرد نص على وفقه مناسب

غريب، فإن هذه العلة لا عهد بها في تصرفات الشرع بالفرض، ولا بملأئها، بحيث يوجد لها جنس معتبر، فلا يصح التعليل بها، ولا بناء الحكم عليها باتفاق، ومثل هذا تشريع من القائل به فلا يمكن قبوله.

والثاني: أن يلائم تصرفات الشرع، وهو أن يوجد لذلك المعنى جنس اعتبره الشارع في الجملة بغير دليل معين، وهو الاستدلال المرسل، المسمى بالمصالح المرسلة، التي ذهب مالك إلى اعتبارها.

وبعد أن يسرد بعض الأمثلة التي أخذ فيها مالك بالمصلحة المرسلة يقول: «فهذه أمثلة عشرة توضح لك الوجه العملي في المصالح المرسلة، وتبين لك اعتبار أمور:

أحدها: الملاءمة لمقاصد الشارع بحيث لا تنافي أصلاً من أصوله، ولا قاعدة من قواعده.

ويقول في بيان الفرق بين البدع والمصالح المرسلة:

«وأيضاً فإن البدع في عامة أمرها لا تلائم مقاصد الشرع، بل إنما تتصور على أحد وجهين: إما مناقضة لمقصوده، كما تقدم في مسألة المفتي للملك بصيام شهرين متتابعين، وإما مسكوتاً عنه فيه، كحرمان القاتل ومعاملته بنقيض مقصوده، على تقدير عدم النص به، وقد تقدم الإجماع على أطراح القسمين وعدم اعتبارهما، ولا يقال إن المسكوت عنه يلحق بالمأذون فيه. إذ يلزم من ذلك خرق الإجماع لعدم الملاءمة» (١).

ثانياً — ما يؤخذ من هذا النص:

والذي يؤخذ من هذا النص أمور:

١ — أن المعنى المناسب الذي سكنت عنه الشواهد الخاصة، فلم تشهد باعتباره ولا بإلغائه ينقسم عند المالكية قسمين:

أحدهما : أن يكون هذا المعنى ملائماً لتصرفات الشرع ، بمعنى أن يوجد له جنس اعتبره الشارع في الجملة بغير دليل معين ، وهذا هو الذي يطلق عليه المالكية الاستدلال المرسل ، أو المصلحة المرسلة ، وهو الذي يجوز الحكم بمجرد دون الأصل الذي يشهد لعين المعنى .

وثانيهما : أن يكون هذا المعنى غير ملائم لتصرفات الشارع ولا داخلاً تحت جنس مأخوذ معناه من مجموع أدلته . وهذا لا يسمى مصلحة مرسلة ، ولا يجوز الحكم بمجرد ما لم يرد نص على وفقه ، كالنص الوارد بمنع القاتل من الميراث ، فإن المعنى فيه هو المعاملة بنقيض المقصود ، وهذا المعنى وإن لم يلائم جنس تصرفات الشرع ، إلا أن ورود النص على وفقه يجعله حجة ، ويقبل في باب القياس ، أما إذا لم يرد هذا النص ، فإنه لا يجوز حرمان القاتل لهذا المعنى أو تلك المصلحة .

٢ - أن الإجماع على عدم الاحتجاج بالمصلحة المسكوت عنها في الشرع ، كالمصلحة المناقضة لمقصوده ، سواء بسواء ، وأن ذلك ليس رأياً للمالكية وحدهم ، وإنما أجمع الفقهاء على أن المصالح الملغاة بنص خاص ، والمسكوت عنها في الشرع ، أى الغريبة غير الملائمة ، لا يؤخذ بها ، ولا يفرع على وفقها ، لأن ذلك تشريع من القاتل به بالرأى فلا يمكن قبوله . وما قاله الشاطبي حق ، وإن لم يثر خلاف في ذلك بالنسبة للأئمة الثلاثة ، وإنما شكك البعض في هذه الحقيقة بالنسبة للإمام مالك رضي الله عنه فنسبوا إليه القول بالمصالح التي سكوت عنها الشرع ، بل ونسبوا إليه أنه يخصص بها نص الكتاب والسنة ، ويرد بها خبر الأحاد . وهذا لا يمكن تصوره فضلاً عن قبوله من إمام دار الهجرة الذي كرس حياته للدفاع عن السنة ، ومحاربة البدع الدخيلة على الدين ، وهذا كاتب مالكي يصرح بإبعاد هذه التهمة عن مالك فيقول المصلحة عن الغريبة : والمعاملة بنقيض المقصود تقدير أن لم يرد نص على وفقه علة لا عهد بها في تصرفات الشرع بالفرض ،

ولا بملأئها بحيث يوجد لها جنس معتبر ، فلا يصح التعليل بها ، ولا بناء الحكم عليها باتفاق ، ومثل هذا تشريع من القائل به فلا يمكن قبوله .

ثم يقول : « فإن البدع في عامة أمرها لا تلائم مقاصد الشرع ، بل إنما تتصور على أحد وجهين : إما مناقضة لمقصوده وإما مسكوت عنه فيه ، وقد تقدم الإجماع على اطراح القسمين وعدم اعتبارهما .

ثم يرد على اعتراض حاصله : « أن المسكوت عنه وهو المصلحة الغريبة يلحق بالمأذون فيه . فيقول : « لأنه يلزم من ذلك خرق الإجماع لعدم الملامة .

وإذن فالمصلحة المرسله مصلحة اعتبرها الشارع ، وشهدت لها نصوصه وأخذت من مجموع أدلته ، فهي مصلحة لا تعدم الأصول الشرعية ، ولا فرق بينها وبين القياس إلا أن القياس شهد فيه النص لعين المصلحة ، والمصلحة المرسله شهدت النصوص الكثيرة لجلسها ، والأصول الكثيرة إذا اجتمعت على معنى واحد وأفادت فيه القطع ، فإن هذا المعنى لا يقل قوة عن المعنى الذي شهد نص واحد لعينه ، إذا أريد إرجاع مصلحة جزئية إلى هذا المعنى .

٣ - حرص الشاطبي على أن يصرح بأن المصلحة التي لا تلائم تصرفات الشرع مصلحة مسكوت عنها ، ومعنى هذا أن المصلحة المرسله ليست مصلحة مسكوتاً عنها ، بل مصلحة اعتبرتها الشريعة بمجملة نصوص ومجموع أدلة ، ووصف كتاب الأصول المصلحة الملائمة بالإرسال مجرد اصطلاح قصد منه التفرقة بين الاستدلال المرسل والقياس ، إذ للقياس أصل معين يشهد لعين المصلحة ، في حين أن الاستدلال المرسل توجد فيه أصول غير معينة ، بمعنى أنها لم تشهد لعين المصلحة ، وإنما شهدت لجلسها بالاعتبار .

وعلى ذلك فإنه يلزم للمجتهد الذى يدعى أن هناك مصلحة توجب إعطاء الواقعة حكماً معيناً أن يثبت أن لهذه المصلحة جنساً اعتبره الشارع بنصوص شرعية ، وأن يقدم النصوص ، وإلا فهو تشريع منه بالرأى ، وقول بالتشهى ، وهو ابتداع فى الدين ، وكل عمل ليس عليه أمرنا فهو رد ، كما قال الرسول عليه السلام .

٤ - تنقسم المصلحة التى لم يلغها الشارع بنص معين إلى أقسام ثلاثة :

الأولى : مصلحة معتبرة ، وهى التى شهد النص ليعينها .

والثانية : مصلحة مرسله ، وهى التى شهد الشرع لجنسها .

والثالثة : مصلحة مسكوت عنها فى الشرع ، وهى التى لم يشهد الشرع لنوعها ولا لجنسها بالاعتبار ، ولم يلغها بنص معين .

وتقسم المالكية للمصلحة يلتقى مع تقسيم الغزالى الشافعى رضى الله عنه ، فالغزالى يقسم المصلحة أقساماً أربعة : مصلحة شهد بها النص المعين ، وقرر أنها محل اجتهد عند القائسين ، ومصلحة لم يشهد لها النص المعين ، ولكنها تلائم تصرفات الشرع ، وهى المصلحة المرسله ، ومصلحة لا تلائم ولا يشهد لها نص معين ، وهى المصلحة التى ترادف الاستحسان ، وحكى الاتفاق على ردها من جمهور القائسين ، ومصلحة اجتمع فيها الملاءمة وشهادة الأصل المعين ، وقد قرر اتفاق جمهور القائسين على الأخذ بها . يقول الغزالى بعد تقسيمه الوصف المناسب : « وقد خرج على هذا أن المعنى بالملاءمة وشهادة الأصل المعين أربعة أقسام : ملائم يشهد له أصل معين يقبل قطعاً عند القائسين ، ومناسب لا يلائم ولا يشهد له أصل معين ، فلا يقبل قطعاً عند القائسين ، فإنه استحسان ووضع للشرع بالرأى ، ومثاله حرمان القاتل لو لم يرد فيه نص لمعارضته بنقيض قصده ، فهذا وضع للشرع بالرأى ، ومناسب يشهد له أصل معين ، لكن لا يلائم فهو فى محل الاجتهاد .

وملائم لا يشهد له أصل معين وهو الاستدلال المرسل ، وهو أيضاً في محل الاجتهاد ، (١) .

فالمناسب الذى يلائم ولا يشهد له أصل معين هو المصلحة المرسلة عند الغزالي كالشاطبي . والمناسب الذى لا يلائم ولا يشهد له أصل معين ، هو المصلحة المسكوت عنها عند المالكية ، وأما المصلحة التى يشهد لها النص المعين فقد قسمها الغزالي قسمين : ما اجتمع فيه الملاءمة والأصل المعين ، وما وجد فيه الأصل المعين فقط

وعلى الجملة : فالمناسب الذى يلائم ولا يشهد له أصل معين فى كلام الغزالي هو المصلحة التى تلائم تصرفات الشارع فى كلام الشاطبي ، والمناسب الذى لا يلائم ولا يشهد له الأصل المعين فى كلام الغزالي هو المصلحة المسكوت عنها فى كلام الشاطبي . وأما المصلحة التى يشهد لها النص المعين عند الشاطبي ، فهمى فى كلام الغزالي قسمان : مناسب شهد له الأصل المعين ولا يلائم ، ومناسب اجتمع فيه الملاءمة وشهادة الأصل المعين ، والشاطبي لم يفصل بين القسمين .

وعلى ذلك فإننا نستطيع أن نجمل ما تقدم فى القول بأن الإمام مالكاً رضى الله عنه لم يقل بالمصلحة الغريبة التى لا تلائم جنس تصرفات الشارع ، ولا تشهد لها نصوصه وأدلته ، بل إنه يعتبر المصلحة الغريبة قولاً بالرأى وتشريعاً بالهوى والتشهى ، وأنه إذا كانت المصلحة المرسلة مصلحة شهدت لها الأصول الشرعية فهمى إذن ليست شيئاً خارجاً عن هذه الأصول ، وإذا كان القياس هو استدلال بمعقول النص والإجماع كما يقول الغزالي ، فإن الاستدلال المرسل استدلال بمعقول عدة نصوص ومجموع أدلة اتفقت على جنس المصلحة ، بل إن القياس فيها يمكن بنوع من التكلف

كما فعل بعض كتاب الأصول من الشافعية وغيرهم إذ أجروا القياس في المصالح التي اعتبر الشارع جنسها كاعتبار المظنة في الأحكام والمشقة في التيسير وغير ذلك .

وعلى ذلك فإنه إذا قيل إن مالكا يخص النص بمثل هذا المعنى فإنه يجب أن يكون مفهوماً أن هذا يجوز في القول ، إذ المخصص هو هذه النصوص الكثيرة التي شهدت لمجلس المصلحة ، كما كان المخصص للنص ليس هو القياس في الواقع ونفس الأمر وإنما هو النص الذي أثبت حكم الأصل ، وكان القياس استدلالاً بمعقوله ، كما كان حكم الأصل استدلالاً بلفظه . ولكن الذين يقولون بأن مالكا يخص النص بالمصلحة إنما يقصدون المصلحة التي تقابل النصوص الشرعية وتعارضها ، أي المصلحة الغريبة التي لا تشهد لها النصوص ، ولا يؤخذ معناها من مجموع الأدلة ، ومثل هذه المصلحة ليست حجة عند مالك فضلاً عن أن يعارض بها نصوص الكتاب والسنة ، أو يترك بها خبر الآحاد . وسوف نفصل القول في ذلك عند الكلام على علاقة المصلحة بالنصوص الشرعية .

المبحث الثاني

تطبيقات على المصلحة المرسلة

تمهيد :

الغرض من هذا المبحث هو إجراء طريقة الاستدلال المرسل على الفروع التي رويت عن مالك أو أحد من أصحابه ، وكان سند الفتوى فيها هو المصلحة المرسلة . وهدف من هذا إثبات وتأكيد أن الاستدلال المرسل ليس استدلالاً بمصلحة مجردة يراها العقل ، وإنما هو طريقة من طرق الاستدلال بالنصوص الشرعية ، مضمونها أن الفرع أو الواقعة وإن لم

يشهد له نص معين ، فقد شهد له أصل كلي ، علمت ملاءمته لتصرفات الشرع من مجموع نصوصه .

وعلى هذا الأساس ، فإنني أبدأ بذكر الأصل الشرعي الكلي ، مع بيان الأدلة على اعتبار الشرع له ، ثم أردف ذلك ببيان الفروع التي تدخل تحت هذا الأصل ، وبعبارة أخرى ، أبدأ ببيان مجلس المصلحة الذي تعد مصلحة الواقعة المعروضة نوعاً منه ، مع بيان أدلة اعتبار الشارع لهذا الجنس ، ثم أبين وجه رجوع المصلحة الجزئية إلى هذا الجنس ، ودخولها تحته .

وفي هذا الخصوص أكتفي بذكر المصالح السككية الآتية :

١ - اعتبار المظنة في الأحكام ، فهذا أصل شرعي ، أو مصلحة كلية ، يتفرع عليها الحكم بحل الشارب ثمانين .

٢ - وجوب تقديم المصلحة العامة على الخاصة ، وسوف نرى أن تضمين الصناع ، والضرب بالتمهم يدخل تحت هذا الأصل الذي قامت الأدلة الشرعية على اعتباره .

٣ - وجوب دفع أشد الضررين ، وإلى هذا الأصل يرجع جواز توظيف الخراج ، وبيعة المفضول مع وجود الأفضل .

٤ - وجوب المحافظة على النفس ، وإلى هذا الأصل يرجع الحكم بقتل الجماعة بالواحد ، وبجواز أكل ما زاد على الضرورة إذا عم الحرام الأرض .

٥ - مصادرة ما ارتكبت به أو فيه الجريمة . وإلى هذا الأصل ترجع فتوى مالك بمصادرة الزعفران المغشوش ، والتصدق به على الفقراء ، وعليه تخرج إرافة عمر اللبن المغشوش .

أما المصالح غير الداخلة تحت جنس اعتبرته الشريعة ، والتي نسب إلى

مالك القول بها : فسوف نرى أن بعضها ليس من باب المصالح المرسلة ، وإنما من باب استنباط مناط الحكم بطريق الاجتهاد ، كالفتوى بجواز التسعير ، وتلقي الركبان ، في بعض الحالات ، وبعضها ليس سند الفتوى فيها هو المصلحة المرسلة أصلاً ، بل العرف ، وذلك كفتوى مالك بعدم إلزام الزوجة الشريفة بالإرضاع ، وبعضها مصالح تشهد النصوص لأعيانها ، كالأكل من الغنيمة عند الحاجة ، وقطع شجر الحرم المؤذى .

وسوف أجرى طريقة الاستدلال المرسل على الفروع المروية عن مالك رضى الله عنه ، في الفرع الأول من هذا المبحث ، ثم أتبع ذلك بذكر نتيجتين هامتين هما خلاصة دراستنا لهذه التطبيقات ، في فرع ثان .

الفرع الأول : إجراء طريقة الاستدلال المرسل على الفروع المروية عن مالك :

ذكر الشاطبي ، في كتابه الاعتصام أمثلة عشرة للمصالح المرسلة ، وأجرى في كل منها الاستدلال المرسل بما يثبت أن المصلحة التي يقول بها مالك رضى الله عنه ، مصلحة ملائمة لجنس تصرفات الشارع ، لا تتنافى أصلاً من أصوله ، ولا تناقض دليلاً من أدلته . وأنها ليست من المصالح المسكوت عنها في الشرع والتي يكون الأخذ بها قولاً بالرأى ، وتشريعاً بالهوى والتشهى .

ولقد رأينا الشاطبي يقرر أن كل أصل شرعى ، لم يشهد له نص معين ، وكان ملائماً لتصرفات الشرع ، وما أخذاً معناه من أدلته ، فهو صحيح يبنى عليه ، ويرجع إليه ، إذا كان ذلك الأصل قد صار بمجموع أدلته مقطوعاً به ، لأن الأدلة لا يلزم أن تدل على القطع بالحكم بانفرادها دون انضمام غيرها إليها ، ثم قرر أن ضرب الاستدلال المرسل الذي اعتبره مالك يدخل تحت هذا ، فإنه وإن لم يشهد للفرع أصل معين ، فقد شهد له أصل كلى ، والأصل الكلى إذا كان قطعياً قد يساوى الأصل المعين ، وقد يربى عليه

بحسب قوة الأصل المعين وضعفه^(١).

وعلى هذا فإن الاستدلال المرسل عند مالك يتحقق : إذا وجد أصل شرعى كلى لم يشهد له نص معين ، وكان ملائماً لتصرفات الشارع ومأخوذاً معناه من أدلته ، ووجد فرع يعد جزئياً من هذا الأصل الكلى أو فرداً من أفراد العام الاستقرائى ، لا يمكن معرفة حكمه من النص ، ولا من معقول نص بطريق القياس . والمالكية يعبرون أحياناً عن المصلحة المتحققة فى الفرع بأنها مرسله بمعنى عدم شهادة الأصل المعين لعينها ، ولكن بعض المالكية كالأشاطبي يطلق كثيراً المصلحة المرسله على الأصل الكلى ، أو العام الاستقرائى ، أو الجنس الذى اعتبره الشارع نفسه ، على أساس أن هذا الأصل أو الجنس لم يدل عليه نص معين ، بل أخذ معناه ، وعرفت ملائمته من مجموع نصوص وجملته أدلة لا يدل كل نص منها بانفراده .

ولذلك فإنه عند عرض الأمثلة لطريقة الاستدلال المرسل ، يجب أولاً بيان الأصل الشرعى أو العام الاستقرائى ، وإثبات أن هذا الأصل وإن لم يشهد له نص معين ، فقد شهدت جملة نصوص لملائمته لجنس تصرفات الشارع ، ثم بيان الفرع الذى يراد معرفة حكمه أو الاستدلال على حكمه بطريق الاستدلال المرسل ، مع بيان أن هذا الفرع يدخل تحت الأصل الكلى أو العام الاستقرائى بعد إثبات أنه لا يؤخذ حكمه من النص ولا من معقول النص بطريق القياس .

الواصل الأول : إقامة مظنة الشيء مقام نفس الشيء .

هذه مصلحة كلية ، أو عام أخذ من نصوص الشريعة بطريق الاستقراء المفيد للقطع والدليل على ذلك ما يأتى :

١ - حرم الشارع الخلوة لأنها مظنة الزنا ، وهو إقامة لمظنة الشيء مقام نفس الشيء وإعطاء المظنة حكم المظنون .

٢ - جعل الشارع الإيلاج في أحكام كثيرة يجرى مجرى الإنزال كما يجاب الفسل وغيره ، وفيه إقامة لمظنة الشيء مقام نفس الشيء وإعطاء حكمه .

٣ - جعل الحافر للبر في محل العدوان وإن لم يكن ثم مرد كالمردي نفسه . وهو إقامة للسبب مقام المسبب ، وإعطاء المظنة حكم المظنون .

٤ - وكذلك نهى النبي عليه السلام عن الخيلطين^(١) ، وعن شرب النبيذ بعد ثلاث ، وعن الانتباز في الأوعية التي لا يعلم بتخمير النبيذ فيها ، وبين عليه السلام أنه إنما نهى عن بعض ذلك لأنه مظنة للسكر المحرم فقال : « لو رخصت في هذه لأوشك أن يجعلوها مثل هذه »^(٢) .

٥ - ونهى النبي صلى الله عليه وسلم عن سفر المرأة دون محرم ، وعن الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها ، وقال : « إنكم إذا فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم ، وحرم خطبة المعتدة نصريحاً ونكاحها ، وحرم على المرأة في عدة الوفاة الطيب والزينة وسائر دواعي النكاح ، وكذلك الطيب وعقد النكاح للمحرم .

٦ - ونهى عن البيع والسلف ، وعن هدية المديان ، وعن ميراث القاتل . وكل ذلك فيه إقامة للسبب مقام المسبب ، وإعطاء مظنة الشيء حكم الشيء نفسه ، فسفر المرأة دون محرم مظنة الزنا فمنع ، والخطبة في العدة مظنة أن تكذب المرأة في العدة فأعطى الشارع حكم المظنون للمظنة فمنع من التصريح بالخطبة ،

(١) عن جابر رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى أن ينبذ التمر والزبيب جميعاً ونهى أن ينبذ الرطب والبسر جميعاً ، رواه الجماعة إلا الترمذى - نيل الأوطار . جزء ٩ .

(٢) نيل الأوطار ج ٢ رواه النسائي .

ونكاح المحرم مظنة لأن يفسد الحج بالوطء قبل التحليل فحرم ، إقامة للظنة مقام المظنون ، وإقامة الحدود مظنة للزجر عن ارتكاب أسبابها وإن لم يحصل الزجر بها في الواقع ، ولسكننا أقننا المظنة مقام المظنون .

وعلى هذا فإقامة مظنة الشيء مقام نفس الشيء أصل كلى وعام أخذ معناه من نصوص الشريعة بطريق الاستقراء الذى يفيد القطع ، ويطلق عليه الشاطبي أحياناً المصلحة المرسلة ، على أساس أن إقامة المظنة مقام المظنون لم يؤخذ من نص واحد ، ولم يشهد له أصل معين يمتاز برجوعه إليه واستناده إليه ، وإنما أخذ من عدة نصوص ومجموع أدلة ، أفادت في مجموعها القطع به ، وأنه ملائم لتصرفات الشارع ، وأنه معتبر في الدين ، وذلك بتفريع الشارع على أساسه وبناء الأحكام عليه . كما يسمى مقصوداً شرعياً علم كونه مقصوداً بالكتاب والسنة وتفاريق الأمارات ، ومختلف الدلالات كما يعبر عنه الغزالي .

تطبيق هذا الأصل :

حد الشرب : لم يكن للشرب حد مقدر في زمن الرسول صلى الله عليه وسلم ، وإنما جرى الزجر فيه مجرى التعزير ، وفي زمن أبي بكر قدره رضى الله عنه بأربعين على طريق النظر ، فلما كان في زمن عثمان تتابع الناس فيه فجمع عثمان الصحابة رضى الله عنهم واستشارهم ، فقال على رضى الله عنه : من سكر هذى ، ومن هذى افترى ، فأرى عليه حد المفترى .

فأنت ترى الإمام علياً رضى الله عنه قد جعل شرب الخمر جزئياً للأصل الشرعى الكلى وفرداً من أفراد العام الاستقرائى ، لأن الشرب مظنة القذف ، وحيث إن الشارع أقام المظنة مقام المظنون ، تكون المصلحة التى رآها مصلحة ملائمة لتصرفات الشارع ، وداخلة تحت جنس شهدت له النصوص وقامت عليه الأدلة . فالمصلحة فى جلد شارب الخمر ثمانين إذن مصلحة

ملائمة الجنس تصرفات الشارع وليست مصلحة حكم بها العقل ، حتى تكون شرعاً بالرأى ، أو تفريعاً بالهوى والتشهى . فالاستدلال على إعطاء الشرب حكم القذف فى الواقع استدلال بنصوص شرعية تفوق الحصر ، ولكن العلماء اصطلاحوا على تسمية هذا النوع من تطبيق النصوص أو أخذ حكم الفرع من معقول نصوص غير معينة استدلالاً مرسلًا ، وتعارفوا على إطلاق المصلحة المرسلة على المصلحة التى تعد جزئياً لأصل كلى ، أو لعام استقرأتى ، أو داخلية تحت جنس شهدت له النصوص ، قاصدين بالإرسال : الإرسال عن النص المعين الذى يشهد لعين هذه المصلحة ، لا الإرسال عن النصوص الشرعية التى تشهد لجنسها . وفوق ذلك فهذه المصلحة كما ترى لا تعارض نصاً للشارع ، ولا تناقض دليلاً من أدلته ، حتى تكون مصلحة ملغاة ، كما أنها ليست مسكوتاً عنها ، حتى تكون من المصالح الغريبة التى يكون القول بها والتفريع عليها قولاً بالرأى وعملاً بالهوى والتشهى . وذلك لأن النصوص الكثيرة وإن لم تدل على اعتبار عين مظنة القذف فى حكم القذف وهو الجلد ثمانين ، فقد دلت على اعتبار جنس هذه المصلحة وهو اعتبار المظنة مطلقاً فى الأحكام .

الأصل الثانى : تقديم المصلحة العامة على الخاصة .

هذا أصل شرعى ، وعام مأخوذ بطريق الاستقراء من نصوص الشريعة بطريق يفيد القطع . ومن الأدلة عليه ما يأتى :

١ - نهى النبى عليه الصلاة والسلام عن بيع الحاضر للبادى ، وقوله دع الناس يرزق الله بعضهم من بعض ، فإن فيه تقديماً لمصلحة عامة هى مصلحة أهل الحضر ، وإن كان فيه تفويت مصلحة للبادى بتقديم النصيح له ، وللحاضر إذا كان البيع بطريق الوكالة .

٢ - المنع من تلقى الركبان ، فإن فيه تقديماً لمصلحة عامة هى مصلحة أهل

السوق على مصلحة خاصة هي مصلحة المتعلق في أن يحصل على السلعة ، ويعيد بيعها بربح يعود عليه .

٣ - تحريم الاحتكار ، وإخراج الطعام من يد محتكرة قهراً ، فإن فيه تقديماً لمصلحة عامة هي مصلحة الجماعة في توفير الأقوات اللازمة لمعاشهم ، وإن كان تقويتاً لمصلحة خاصة هي مصلحة المحتكر في الحصول على الربح .

٤ - اتفاق الصحابة على منع أبي بكر حينما ولى الخلافة من التجارة والتحرف ، ونفقته من بيت المال ، تقديماً لمصلحة عامة هي النظر في مصالح المسلمين ، على مصلحة خاصة هي قيامه بالتجارة التي يريد بها والحرفة التي يختارها .

٥ - قصة أبي طلحة في تتريسه على الرسول ، وقوله نحري دون نحرك حتى شلت يده ولم ينكر عليه الرسول ذلك . وذلك تقديم لمصلحة عامة هي حفظ حياة الرسول لحفظ الدين ، إذ في فقدته فوات مصالح الإسلام والمسلمين ، على مصلحة خاصة هي سلامة أبي طلحة رضى الله عنه .

٦ - جواز الحجر على السفينة تقديماً لمصلحة عامة ، هي حفظ مال الجماعة ، على مصلحة خاصة للسفينة ، وذلك على أساس أن للجاعة حقاً في ماله ، وحقه قاصر على الإنفاق على نفسه وأسرته دون سرف أو تبذير ، فإن فعل كان مقوياً لمصلحة الجماعة

فكل هذه الأدلة وغيرها مما لم يذكر تفيد بمجموعها أن تقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة مقصود للشارع ، ولم يدل دليل منها على هذا الأصل بانفراده ، ولكن يؤخذ هذا المقصود من مجموع هذه النصوص وتلك الأحكام .

نطبق هذا الوصل :

١ - تضمن الصناع : ولقد طبق المالكية هذا الأصل ، وأعملوا تلك القاعدة ، في مسألة تضمن الصناع ، كما فعل الصحابة رضى الله عنهم . فلقد كان الصناع لا يضمنون ما بأيديهم من سلع إذا ادعوا تلفها ، ولا يكلفون بإقامة البينة على عدم التعدى أو التقصير ، وذلك في وقت كان للدين فيه سلطان قوى على النفوس ، وكان الغالب عليهم الأمانة ، وأنهم لا يدعون الهلاك إلا إذا كان ناشئاً دون تعد أو تقصير ، ولذلك ألحقوا بطائفة الأمانة ، فلما فسدت الذمم وضعف سلطان الدين على النفوس ، وأصبح الغالب عليهم التعدى والخيانة ، بحيث يحال سبب الهلاك إلى التفريط وترك الحفظ ، قضى الصحابة بتضمن الصناع وقال على « لا يصلح الناس إلا ذاك » .

ولكن لا يمكن القطع بأن كل تلف ناشئ عن تعد أو تقصير ، بل يجوز أن يكون هناك في بعض الحالات تلف دون تعد أو تقصير من الصناع . وعلى ذلك فالقول بالتضمن وإن كان فيه مصلحة في الغالب إلا أن فيه فوائد مصلحة لبعض الصناع وهم الذين لم يحدث منهم تقصير أو تعد .

وهنا يقال : إنه إذا تقابلت المصلحة والمضرة بشأن العقلاء النظر إلى التفاوت ، ووقوع التلف من الصناع من غير تعد ولا تفريط بعيد ، والغالب أن لفوت فوت الأموال ، وأنها لا تستند إلى التلف السماوى ، بل ترجع إلى صنع العباد على المباشرة أو التفريط ، فتكون مصلحة أرباب السلع مصلحة عامة ، ومصلحة من يمكن أن يكون التلف منه دون تقصير مصلحة خاصة بفرد أو أفراد ، إذ الفرض أن الغالب عليهم التعدى والتقصير . وعندئذ تقدم المصلحة العامة على الخاصة .

ولذلك يقول الشاطبي في دليل تقديم المصلحة العامة ، وهي مصلحة أرباب السلع ، على المصلحة الخاصة ، وهي مصلحة بعض الصناعات : وفي الحديث : « لا ضرر ولا ضرار » ، تشهد له الأصول من حيث الجملة ، فإن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن أن يبيع حاصر لباد ، وقال دع الناس يرزق الله بعضهم من بعض . وقال : لا تلقوا الركبان بالبيع حتى يهبط بالسلع إلى الأسواق ، وهو من باب ترجيح المصلحة العامة على المصلحة الخاصة ، فتضمن الصناعات من هذا القبيل ^(١) .

والخلاصة أنه إذا كان الغالب على الصناعات التعدى والتقصير ، وأن دعاوى الهلاك بسبب سماوى فى الكثير من الحالات دعوى تخالف الواقع ، وقد عرف ذلك منهم ، وأنه فى الحالات القليلة النادرة يكون التلف دون تفریط أو إهمال ، فإننا نكون أمام مصلحتين ، مصلحة أرباب السلع فى المحافظة على أموالهم ، وذلك بعدم تصديق مدعى الهلاك أو التلف فى دعواه ، وهى مصلحة عامة مادامنا قد سلمنا أن الغالب فى دعاوى الصناعات الكذب ، وأن التلف عن تعد أو تقصير ، بحيث لو أعطى الصناعات بدعاوهم هذه لآدى إلى ضياع الأموال ، أو إلى ترك الاستصناع ، وفى الترك مشقة شديدة وخرج دائم . والمصلحة الأخرى ، مصلحة من يحتمل صدقه من الصناعات ، وهى مصلحة خاصة ، مادامنا قد سلمنا أن الهلاك بسبب لا يرجع إلى الصناعات نادر أو بعيد ، ولا بد لنا من الترجيح بين المصلحتين ، حفظ أموال الناس عامة ، وعدم الحكم بتضمن البرى ، والصحابة رجحوا المصلحة العامة على الخاصة جرياً على عادة الشرع فى تصرفاته فى التشريع وتفریع الأحكام ، فإن الشارع ما رجح مصلحة خاصة على عامة ، بل العكس ، رجح المصالح العامة على المصالح الخاصة وقد تقدم بعض الأدلة على ذلك .

على أنه إذا عاد سلطان الدين إلى النفوس ، وغلب على طبقة الصنائع الأمانة ، وتبين أنهم صادقون في دعواهم الهلاك دون تعد أو تقصير في الكثير الغالب من الحالات ، فإنه يجب الحكم بعدم التضمن ، والتصديق في دعوى الهلاك ، إذ مناط التضمن وعدمه هو الأمانة ، فإذا غلبت عليهم الأمانة كان الأصل أن أيديهم على الأمانة ، وإذا غلبت الخيانة ، كان الأصل فيهم الضمان ، فالمسألة غير منصوص على حكمها ، فيكون الواجب فيها تطبيق الأصل المتقدم في جميع الحالات . فإذا غلب عليهم الأمانة كانت المصلحة العامة هي عدم تضمينهم ، وإذا غلبت عليهم الخيانة ، كانت المصلحة العامة في تضمينهم .

٢ - الضرب بالتهم : يقول الشاطبي : « إن العلماء اختلفوا في الضرب بالتهم . وذهب مالك إلى جواز السجن في التهم ، وإن كان السجن نوعاً من العذاب ، ونص أصحابه على جواز الضرب ، وهو عند الشيوخ من قبيل تضمين الصنائع ، فإنه لو لم يكن الضرب والسجن بالتهم لتعذر استخلاص الأموال من أيدي السراق والغصاب ، إذ قد يتعذر إقامة البينة ، فكانت المصلحة في التعذيب وسيلة إلى التحصيل بالتعيين أو الإقرار . فإن قيل : هذا فتح باب لتعذيب البريء ، قيل : ففي الإعراض عنه إبطال استرجاع الأموال ، بل الإضرار عن التعذيب أشد ضرراً ، إذ لا يعذب أحد لمجرد الدعوى ، بل مع اقتران قرينة تحيك في النفس ، وتؤثر في القلب نوعاً من الظن ، فالتعذيب في الغالب لا يصادف البريء ، وإن أمكن مصادفته فتعترف كما اعتقر في تضمين الصنائع .

« فإن قيل : لا فائدة في الضرب ، وهو لو أقر لم يقبل إقراره في تلك الحال ، فالجواب أن له فائدتين :

« إحداهما : أن يعين المتاع فتشهد عليه البينة لربه ، وهي فائدة ظاهرة .

« والثانية : أن غيره قد يزدجر حتى لا يكثّر الإقدام فتقل أنواع هذا الفساد ».

« وقد عر له سجنون فائدة ثالثة وهى الإقرار حالة التعذيب بأنه يؤخذ عنده بما أقر فى تلك الحال ، قالوا وهو ضعيف ، فقد قال تعالى : « لا إكراه فى الدين ، ولكن نزله سجنون على من أكره بطريق غير مشروع كما إذا أكره على طلاق زوجته ، أما إذا أكره بطريق صحيح فإنه يؤخذ به كالكافر يسلم تحت ظلال السيوف فإنه مأخوذ به ، وقد تتفق له بهذه الفائدة على مذهب غير سجنون إذا أقر حالة التعذيب ثم تمادى على الإقرار بعد أمنه فيؤخذ به » (١).

وقد نقلت كلام الشاطبى فى هذا الفرع لتعلم منه أن المالكية يعدون الضرب أو السجن بالتهمة مصلحة ملائمة لجنس تصرفات الشرع ، ويرجعونها إلى أصل تقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة . ولذلك يقول الشاطبى : « وهو عند الشيوخ من قبيل تضمين الصانع . . . إذ لا يعذب أحد لمجرد الدعوى ، بل مع اقتران قرينة تحيك فى النفس ، وتؤثر فى القلب نوعاً من الظن ، فالتعذيب فى الغالب لا يصادف البرىء ، وإن أمكن مصادفته فتغتفر ، كما اغتفر فى تضمين الصانع ».

فهم يعتقدون أنه ما دام الضرب لا يكون إلا لمن اتهم بالسرقة وقامت القرائن القوية على أنه يحترف بهذا الطريق ، وذلك من مخالطته لطائفة السراق ، وظهور الثراء عليه دون إبداء طريق مشروع لهذا الثراء وغير ذلك ، فإن الغالب أن من يعزر هو السارق . وفى الحالات النادرة ، يصيب هذا التعزير بريئاً من السرقة ، وعند ذلك نكون أمام مصلحتين : مصلحة عامة هى المحافظة على المال ، وهى مصلحة قطعية ومقصود شرعى عرف كونه

مقصوداً بطريق الاستقراء المفيد للقطع ، ومصلحة خاصة هي مصلحة المتهم الذى يحتمل أن يصيبه التعزير وهو برىء ، وهنا يجب أن تقدم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة ، كما هو الحال فى تضمين الصنيع ولذلك يقول : « فالتعذيب فى الغالب لا يصادف البرىء ، وإن أمكن مصادفته فتغتفر كما اغتفر فى تضمين الصنيع » ،

وإننا وإن كنا لا نوافق شيوخ المالكية على هذا ، ونرى عدم جواز حبس أو تعذيب بتهمة حتى تقوم البيئة الشرعية للأسباب التى سنذكرها ، إلا أنه يجب تأكيده ما سبق قوله : وهو أن المالكية قالوا بهذا على أنه مصلحة تلائم تصرفات الشرع ، وليست من المصالح الغريبة التى يعد الأخذ بها قولاً بالرأى وتشريعاً بالهوى والتشهى . فالأصل الذى بنوا عليه وهو أن المصلحة العامة تقدم على المصلحة الخاصة أصل شرعى ، وعام أخذ من نصوص الشريعة بطريق الاستقراء المفيد للقطع . ولا يخالف أحد من الأئمة المالكية فى هذا ، وإنما الخلاف فى تحقيق مناط هذا الأصل وتطبيق تلك القاعدة على هذا الفرع (١) .

فالمالكية يرون فى الضرب بالتهمة إذا وجدت القرائن القوية أو القاطعة على ارتكاب المتهم السرقة ، بأن كان سببه السلوك له صلات بمن ثبت عليهم السرقة أو شيئاً مثل ذلك ، يحقق مصلحة عامة ، وإن كان يفوت مصلحة خاصة ، أو يدفع ضرراً أكبر بارتكاب ضرر أخف ، إذ الغالب أن من تقوم عليهم القرائن القوية بالسرقة يكونون قد ارتكبوا الجريمة فعلاً ، ومن القليل بل من النادر أن تقوم مثل هذه

(١) راجع الأشباه والنظائر : لابن نجيم المنفى ص ١١٨ حيث عد تقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة قاعدة شرعية قامت عليها الأدلة .

القرائن على شخص ويكون بريئاً في الواقع ، وهو إن حدث فإن مثل هذا الضرر ضرر يسير في مقابلة حفظ أموال الجماعة ودمائهم من الذين يتخذون من الليل والظلام سائراً لجرائمهم ، ويفتنون في طرق السطو ووسائل الحرب ، وخصوصاً إذا ضعف الوازع الديني وامتنع الناس من القيام بالشهادة على السارق خوفاً من شره وطعاً في السلامة من أذاه ، فعند ذلك يتعين الضرب أو السجن بالتهم لحفظ أموال الجماعة ، وإحلال الطمأنينة محل الرعب والفرع الذي يصيب العامة من أعمال السطو ، النهب التي تخصص فيها العصابات .

والذي يجب أن يكون واضحاً أن المالكية يعدون هذه المصلحة مصلحة تدخل تحت جنس شهدت له نصوص الشريعة ، وأن الشارع وإن لم يعتبر عينها بنص معين ، فقد اعتبر جلسها بنصوص غير معينة وبذلك لا يبقى متعلق لأحد في هذه الواقعة للقول بأن المالكية يأخذون بالمصالح الغريبة في مقابلة النصوص ، ويحكمون العقل في أدلة الشرع .

ولذلك نجد الغرالى يناقش المالكية في هذه المصلحة ثم يرفض الأخذ بها أشد الرفض ، على أساس أنها مصلحة تتعلق بالأموال ، والضرب والسجن تفويت لمصلحة تتعلق بالفس ، والنفوس مقدمة على المال كما شهدت بذلك نصوص الشارع ، إلا أنه لا يقطع بخطأ مالك أو أتباعه . ولذلك يقول في شفاء العليل : « هذه المصلحة غير معمول بها ، لا لأنها لا نرى اتباع المصالح ، ولكن لأنها لم تسلم عن المعارضة بمصلحة تقابلها » ، ويقول : « وعلى الجملة هذه المسألة في محل الاجتهاد ، ولسنا نحكم ببطلان مذهب مالك على القطع ، فإذا وقع النظر في تعارض المصالح كان ذلك قريباً من النظر في تعارض الأقيسة المؤثرة التي ذكرناها » (١) .

فالغزالي يعتبر هذه المسألة في محل الاجتهاد مع أنه صرح أكثر من مرة

(١) شفاء العليل ص ٢٠٣ .

بأن المصلحة الغريبة مردودة قطعاً عند القائسين ، وأن النى محل الاجتهاد هي المصلحة التي تلائم جنس تصرفات الشرع . وهذا يدل على أن الغزالي لا يرد هذه المصلحة لأنها غير ملائمة لجنس تصرفات الشارع ، أو غير داخلية تحت جنس شهدت له النصوص بالاعتبار ، ولكن لأنه رأى أنه إذا كانت مصلحة ذوى المال في ضرب المتهم رجاء أن يكون هو الجاني فيقر ، فصلحة المأخوذ في الكف عنه وترك الأضرار به ، وليس أحدهما برعاية لمصلحته أولى من الآخر ، فوجب الوقوف على جادة الشرع في ألا عقوبة إلا بجناية ، ولا تظهر الجناية في حقنا إلا ببينة .

ومن ناحية أخرى فإن الغزالي يرى أن الضرب والحبس اعتداء محقق على حق الشخص في سلامة جسمه وهذه مصلحة ضرورية ، وذلك لحماية مصلحة موهومة ، وهي ليست بضرورية لحفظ المال ، بل من باب التكميل للحفظ فيقول : « إن المأخوذ بالسرق قد يكون بريئاً عن الجناية فالحجوم على ضربه تفويت لحق عصمته لأمر موهوم حاصله يرجع إلى التشوف إلى تأكيد عصمة المال » (١) .

وعلى الجملة فإن الغزالي بتصريحه بأن الاتفاق قائم بين الأئمة على أن المصلحة التي لا تلائم تصرفات الشرع مردودة ، وأن العمل بها تشريع بالهوى والتشهى ، وأن المصلحة التي هي محل الاجتهاد هي المصلحة الملائمة لجنس تصرفات الشرع ، ثم قوله في ضرب المتهم : « وعلى الجملة هذه المسألة في محل الاجتهاد ، ولنا نحكم ببطالان مذهب مالك على القطع » (٢) ، يدل على أن المصلحة التي قال الإمام مالك بها في ضرب أو حبس المتهم مصلحة ملائمة ، على الأقل في نظر المالكية القائلين بها . وإذا كان كذلك فهي مصلحة شهدت أصول الشريعة لجنسها بالاعتبار وليست من المصالح الغريبة ، أو المجردة كما يدعى البعض ، وإنما هي مصلحة راجعة إلى النصوص ،

(١) شفاء العليل ص ٢٠٠ .

(٢) المرجع السابق ص ٢٠٣ .

منها أخذت وعليها اعتمدت ، وإن كان المالكية لم يلتفتوا إلى أن هناك مصلحة أولى من هذه بالرعاية ، هي مصلحة المتهم في عصمته ، وهي مصلحة تتعلق بحفظ النفس ، وهو مقدم على حفظ المال ، وهي فوق ذلك مصلحة ضرورية ، والضرب لحفظ المال من المصالح الكالية ، إذ لا يترتب على عدم الضرب ، والأخذ في ذلك بالبيئة أو الإقرار ، ضياع المال قطعاً ، بل غاية الأمر أن الضرب وسيلة تحافظ على المال بشكل أكمل وبصورة أتم ، في حين أن سجن برىء وضربه اعتداء على مصلحة ضرورية . وأخيراً فإن ضرب المتهم وسجنه فوات مصلحة بطريق محقق ، في حين أن الحفظ المزعوم حفظ متوهم قد يكون وقد لا يكون . فالخلاف بين المالكية وغيرهم ينحصر في تحقيق مناط الأصل السكلي والقاعدة القطعية ، وليس في الأصل نفسه ، وهو أنه عند تعارض مصلحتين فإن الواجب تقديم أولى المصلحتين بالرعاية ، وهذه الأولوية تعرف من نصوص الشرع وتصرفاته في الأحكام .

الأصل الثالث : وجوب دفع أشد الضررين .

هذا أصل شرعى ، وقاعدة قطعية ، وعام أخذ من النصوص بطريق الاستقراء المفيد للقطع . فإنه إذا تعارض شران أو ضرران فإننا نجد الشارع يقصد إلى دفع أشد الضررين وأعظم الشرين بارتكاب أخفهما ، عرفنا ذلك لا بدليل واحد ونص معين ، بل بجملة نصوص ومجموع أدلة تفوق الحصر بحيث لم يبق معها شك في أن هذا الأصل مقصود للشارع .

بل إن تكاليف الشريعة كلها قائمة على ذلك . وإليك بعض الأدلة على قطعية هذا الأصل :

١ - شرع الجهاد فيه إلتلاف للنفوس ، ولسكنه ضرر خاص يتحمل لدفع ضرر عام حاصل من عدوان المشركين ، وصد المسلمين عن دينهم ،

وسفك دماهم ، وإخراجهم من أموالهم وأولادهم بنير حق .

٢ - شرع القصاص والحدود فيه إلتلاف للنفوس وإلحاق الأذى بالمسلم ، ولكنه ضرر خاص يرتكب دفعاً لضرر عام ، هو تقويت أرواح المسلمين وأموالهم وأعراضهم .

٣ - قتل البغاة وماتى الزكاة فيه إلتلاف للنفوس وفوات للأول ، ولكنه ضرر أخف في مقابلة الضرر العام الذى يتمثل فى الفتنة العارمة التى تقضى على الأخضر واليابس لو ترك قتال هؤلاء .

٤ - الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، ولو كان لدى سلطان جائر فيه إلتلاف للنفس ، أو تقويت للبال ، ولكنه جاز ارتكاباً لأخف الضررين ، دفعاً لأشدهما .

وهكذا فى كل تكاليف الشريعة تقوم على طلب الفعل إذا كانت مصلحته راجحة على مفسدته ، وإلى النهى عنه إذا كانت مفسدته راجحة على مصلحته ، وقد وقع الخلاف بين العلماء فى وجود الفعل متساوى النفع والضرر . فإذا ما عرضت واقعة أو جدت نازلة وكانت منافعاً لضررين ، دفعنا أشد الضررين وأعظم الشرين بارتكاب أخفهما .

نطبق هذا الأصل :

١ - توظيف الخراج : وقد طبق الشاطبي ذلك على مسألة توظيف الخراج إذا خلا بيت المال عما ينفى بحاجة الجند ، واحتاج الإمام إلى تكثير الجنود لسد الغور وحماية الملك المتسع الأقطار ، وقال إن هذه المصلحة مصلحة تلائم تصرفات الشارع ، لأن فى توظيف الخراج دفع أشد الضررين وأعظم الشرين ، ونحن نعلم قطعاً أنه إذا تعارض شران أو ضرران قصد الشرع إلى دفع أشد الضررين وأعظم الشرين ، وفى ذلك

يقول: « فالذين يحذرون من الدواهي لو تنقطع عنهم الشوكة ، يستحقرون بالإضافة إليها أموالهم كلها فضلاً عن اليسير منها ، فإذا عورض هذا الضرر العظيم بالضرر اللاحق لهم بأخذ البعض من أموالهم ، فلا يتهامى في ترجيح الثاني على الأول ، وهو مما يعلم من مقصود الشرع قبل النظر في الشواهد .. ولو وطئ الكفار أرض الإسلام لوجب القيام بالنصرة ، وإذا دعاهم الإمام وجبت الإجابة ، وفيه إتعاب النفوس وتعريضها إلى التهلكة زيادة إلى إلتحاق المال . وليس ذلك إلا لحماية الدين ، ومصلحة المسلمين . »

وفي كل هذا يبين الشاطبي وجه ملاءمة المصلحة في توظيف الخراج لجنس تصرفات الشارع ، وأنها راجعة إلى مصلحة كلية ، وأصل قطعي مأخوذ معناه من جملة النصوص وبمجموع الأدلة ، ذلك الأصل هو أنه إذا تعارض ضرران أو شران فإن الشارع يقصد إلى دفع أشد الضررين وأعظم الشرين . فليس حكماً بالمصلحة المجردة ولا قولاً بالرأى ولا عملاً بالهوى والتشهى ، بل هو تطبيق لنصوص الشريعة جملة بدلاً من تفتيتها وأخذ كل نص على انفراد ، إذ النصوص يقيد بعضها بعضاً ويخصص بعضها بعضاً . والتخصيص بالقواعد القطعية المأخوذة من النصوص لا خلاف فيه ، وهو ليس قولاً بمصلحة مجردة بل بنصوص شرعية اجتمعت على معنى واحد حتى أفادت فيه القطع .

٢ - انعقاد الإمامة الكبرى لمن قصر عن رتبة الاجتهاد : ولقد طبق

الشاطبي هذا الأصل أيضاً على تولية إمام غير مجتهد في علوم الشرع ، إذا خلا العصر عن مجتهد ، وذلك دفعاً لأشد الشرين وأعظم الضررين ، فالضرر في ترك المسلمين دون إمام ، وما يترتب عليه من ضياع النفوس والأموال والأعراض ، وطمع العدو من الخارج ، وثوران الفتن من الداخل . أشد من الضرر الحاصل بفوات رتبة الاجتهاد في الإمام ، إذ

يمكنه التقليد فتزول المفسدة ، ونحصل المصالح المطلوبة من أصل الإمامة^(١) .

فالشاطبي يرى أن أصل الإمامة من المصالح الضرورية ، واشتراط الاجتهاد مكمل هذا الضروري ، فإذا تعارضت المصلحة الضرورية مع المصلحة التكميلية ، كانت الأولى أولى بالتحصيل ، لما يترتب على فوائدها من المفاسد الكثيرة الزائدة على فوائد الاجتهاد في الإمام ، ويقول في ذلك : «لأننا بين أمرين ، إما أن يترك الناس فوضى ، وهو عين الفساد والهرج ، وإما أن يقدموه فيزول الفساد بته ، ولا يبقى إلا فوات الاجتهاد ، والتقليد كاف بحسبه ، وإذا ثبت هذا فهو نظر مصلحي يشهد له وضع أصل الإمامة ، وهو مقطوع به بحيث لا يفتقر في صحته وملاءمته إلى شاهد ،

٣ - بيعة المفضول مع وجود الأفضل : وقد طبق الشاطبي هذا الأصل أيضاً على بيعة المفضول مع وجود الأفضل فقال : « إذا انعقدت الإمامة بالبيعة أو تولية العهد لمنفك عن رتبة الاجتهاد ، وقامت له الشوكة وأذعن له الرقاب ، بأن خلا الزمان عن قرشي مجتهد مستجمع جميع شرائط ، وجب الاستمرار . وإن قدر حضور قرشي مجتهد مستجمع لشروط الإمامة ، واحتاج المسلمون في خلع الأول إلى تعرضه لإثارة الفتن واضطراب الأمور لم يحز لهم خلعها والاستبدال به ، بل تجب عليهم الطاعة له ، والحكم بنفوذ ولايته ، وصحة إمامته ، لأننا نعلم أن العلم مزينة روعيت في الإمامة تحصيلاً لمزيد المصلحة في الاستقلال بالنظر والاستغناء عن التقليد ، وأن الثمرة المطلوبة من الإمام تطفئة الفتن النائرة من تفرق الآراء المتنافرة ، فكيف يستعجز العاقل تحريك الفتنة وتشويش النظام ، وتقويت

أصل المصلحة في الحال تشوفاً إلى مزبة دقيقة في الفرق بين النظر والتقليد^(١).

وأنت ترى أن الشاطبي يوازن بين الضرر الذي يذال الخلق بسبب عدول الإمام من النظر إلى التقليد بما ينالهم لو تعرضوا لخلعه والاستبدال به ، أو حكموا بأن إمامته غير منعقدة ، ثم يقرر أن المجتهد يدفع أعظم الشرين بارتكاب أخفهما ، وتكون المصلحة في عدم خلع الإمام غير المجتهد مصلحة ملائمة لجنس تصرفات الشرع وماخوذاً معناها من مجموع أدلته ، وليست مصلحة غريبة ، لا تلائم تصرفات الشرع ، ولا تشهد بنصوصه لجسها بالاعتبار . ويقول الشاطبي في ذلك : « وهو - أى عدم خلع غير المجتهد - متجه بحسب النظر المصالحى ، وهو ملائم لتصرفات الشرع وإن لم يعضده نص على التعيين » .

الأصل الرابع : المحافظة على النفس :

المحافظة على النفس أصل شرعى كلى ، وعام مأخوذ بطريق الاستقراء من النصوص استقراء يفيد القطع . والأدلة على ذلك تفوق الحصر فمن ذلك :

« أن النفس نهى عن قتلها ، وجعل قتلها موجباً للقصاص ، متوعداً عليه ، ومن كبائر الذنوب المقرونة بالشرك ، ووجب سد رمق المضطر ، ووجبت الزكاة والمواساة والقيام على من لا يقدر على إصلاح نفسه ، وأقيمت الأحكام والقضاء والملوك لذلك ، ورتبت الأجناد لقتال من رام قتل النفس ووجب على الخائف من الموت سد رمقه بكل حلال وحرام من الميتة والدم ولحم الخنزير إلى غير ذلك .

كل هذه النصوص والأحكام تدل يقيناً على أن الشارع قاصد لحفظ النفس وأن المحافظة عليها أصل قطعي، لم يثبت بدليل واحد خاص، ولا يشهد له أصل معين يمتاز برجوعه إليه، بل علمت ملائمة هذا الأصل للشرعية بمجموع أدلة لا تنحصر في باب واحد، ولو استند إلى شيء معين لوجب تعيينه. فهذا الأصل إذن مأخوذ من استقرار مقتضيات الأدلة بإطلاق، لا من آحادها على الخصوص،^(١).

تطبيق هذا الأصل :

١ - قتل الجماعة بالواحد : وتطبيقاً لهذا الأصل وعملاً بتلك القاعدة وإجراء لهذا العام الاستقرائي على الأفراد قال المالكية، موافقين الصحابة، رضى الله عنهم، إن الجماعة إذا تمالأوا على قتل واحد قتلوا به، ويروون في ذلك قول عمر المشهور « لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم به ». ووجه دخول قتل الجماعة بالواحد تحت جنس هذه المصلحة الكلية، أنه لو لم يقتل الجماعة بالواحد لاتخذ القتال الاشتراك ذريعة إلى قتل أعدائهم، وبذلك تفوت النفس التي علم أن الشارع يقصد المحافظة عليها، وذلك بالأمر بكل ما يقيمها، وبالنهي عن كل ما يفوتها، والمحافظة على النفس مقصود شرعي، وكل مقصود شرعي يجب المحافظة عليه، ويمنع كل ما يفوته ويعود عليه بالنقض والإبطال، وحيث إن قتل الجماعة للواحد؛ لو لم نقل بالقصاص، يفوت هذا المقصود، فيمنع، وطريق المنع قتل الجماعة المتماثلين على قتل الفرد. وبذلك تكون المصلحة في قتل الجماعة بالواحد، مصلحة ملائمة لتصرفات الشارع، وداخلة تحت جنس شهدت له نصوصه، أو بعبارة أخرى مصلحة اعتبر الشارع جنسها، لا بنص واحد ولا بأصل معين، ولكن بمجموعة أدلة وعدة نصوص تفوق الحصر وتدل بطريق القطع على

(١) راجع الموافقات ج ١ ص ٣٨، ٣٩.

وجوب مراعاة هذا المقصود ، ومنع كل ما يفوته ، ويعود عليه بالبطلان وقد وافق الغزالي المالكية على القول بهذه المصلحة ، وأجرى الاستدلال المرسل فيها في كتابه شفاء العليل ، وأثبت ملاءمتها لتصرفات الشارع وأنها داخلة تحت جنس اعتبره الشارع ، وأقام عليه الأدلة ، وفرع الأحكام بناء عليه ، وهو مذهب الشافعية أيضاً ، وأما الحنفية فإنهم يعتبرون كل واحد من الشركاء قاتلاً على التحقيق ، فطبقوا النص ولم تكن حججهم في قتل الجماعة المصلحة .

والشاطبي يجري الاستدلال المرسل في هذه المسألة فيقول : « إنه يجوز قتل الجماعة بالواحد ، والسند فيه المصلحة المرسلة ، إذ لا نص على عين المسألة ، ولكنه منقول عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، وهو مذهب مالك والشافعي . ووجه المصلحة أن القتل معصوم ، وقد قتل عمداً ، فإهداره داع إلى خرم أصل القصاص ، واتخاذ الاستعانة والاشتراك ذريعة إلى السعي بالقتل إذا علم أنه لا قصاص فيه ، وليس أصله قتل المنفرد فإنه قاتل تحقيقاً ، والمشارك ليس بقاتل تحقيقاً .

» فإن قيل : هذا أمر بديع في الشرع ، وهو قتل غير القاتل ، قلنا : ليس كذلك ، بل لم نقتل إلا القاتل ، وهم الجماعة من حيث الاجتماع عند مالك والشافعي فهو مضاف إليهم تحقيقاً إضافته إلى الشخص الواحد ، وإنما التعيين في تنزيل الأشخاص بمنزلة الشخص الواحد ، وقد دعت إليه المصلحة ، فلم يكن مبتدعاً مع ما فيه من حفظ مقاصد الشرع في حقن الدماء ، وعليه يجري عند مالك قطع الأيدي باليد الواحدة ، وقطع الأيدي في النصاب الواجب ،^(١) .

فهو يفقر أموراً ثلاثة :

أولها : أن المستند في هذه المسألة هو المصلحة المرسله إذ لا نص على عين المسألة . وسوف نقفل ذلك عند الكلام في تعارض المصلحة والنص .
وثانيها : أن هذه المصلحة ليست مصلحة غربية يعد التشريع لها أمراً بديعاً في الشرع ، وإنما هي مصلحة ثلاثم جلس تصرفات الشارع لما فيها من حفظ مقاصد الشرع في حقن الدماء . وهذا المقصود قطعي مستند إلى النصوص الشرعية .

ثالثها : أن هذه المصلحة ليست مما شهد الشرع لعينها ، بحيث يكون قتل الواحد أصلاً لها ، وذلك لأن المنفرد قاتل تحقيقاً ، والمشارك ليس بقاتل تحقيقاً . وإنما اقتضت المصلحة تنزيل الجماعة منزلة الواحد ، وإضافة القتل إلى الجماعة من حيث الاجتماع إضافته إلى الشخص الواحد .

٢ - إذا طبق الحرام الأرض جاز أكل مقدار الحاجة من الحرام :
وتطبيقاً لهذه القاعدة - قاعدة حفظ النفس - يرى المالكية ، كما سبقهم الغزالي إلى ذلك ، أنه لو طبق الحرام الأرض أو ناحية يعسر الانتقال منها وانسدت طرق المكاسب الطيبة ومست الحاجة إلى الزيادة على سد الرمي فإن ذلك سائغ أن يزيد على قدر الضرورة ، ويرتقي إلى قدر الحاجة في القوت والملبس والسكن ، إذ لو اقتصر على سد الرمي لتعطلت المكاسب والأشغال ولم يزل الناس في مقاساة إلى أن يهلكوا ، وفي ذلك خراب الدين ، ولكنه لا يلتهى إلى الترفه والتنعيم ، كما لا يقتصر على قدر الضرورة .

ويقول الشاطبي : « وهذا ملائم لتصرفات الشرع وإن لم ينص على عينه ، فإنه قد أجاز أكل الميتة المضطر ، والدم ولحم الخنزير ، وغير ذلك من الخبائث المحرمات . »

والواقع أنه ليس مقيساً على أكل الميتة وما معها ، إذ هذه جاء النص بجوازها عند الضرورة ، وهنا نجد أن المسألة في الزيادة على الضرورة وسد الرmq ، ولكن المصلحة قد دعت إلى تنزيل الحاجة العامة منزلة الضرورة الخاصة حفظاً للنفوس من الهلاك والضياع .

ولقد نص الغزالي على هذه المسألة في كتابيه : المنحول وشفاء العليل فقال في الأول^(١) : « ولذلك نقول لو فرضنا انقلاب أموال العالمين بحملتها محرمة لكثرة المعاملات الفاسدة واشتباء الغصب وبغيرها وعسر الوصول إلى الحلال المحض - وقد وقع فما بالنا نقدر - نبيح لكل محتاج أن يأخذ مقدار كفايته من كل مال لأن تحريم التناول يفضي إلى القتل ... وتخصيصه بمقدار سد الرmq يكف الناس عن معاملاتهم » .

ويقول في الثاني^(٢) : « قيل : لو طبق الحرام أرضاً .. وانحسرت وجوه المساكين الطبية على العباد ومست حاجتهم إلى الزيادة على سد الرmq من الحرام ودعت المصلحة إليه فهل تسلطون على تناول قدر الحاجة من الحرام لأجل المصلحة ؟ قيل : إن اتفق ذلك فيجوز لكل أحد أن يزيد على قدر الضرورة ، ويرقى إلى قدر الحاجة في الأقوات والملابس والمساكن ، لأنهم لو اقتصروا على سد الرmq لتعطلت المساكين . . . ولكل أن يتناول قدر الحاجة ولا ينتهي إلى حد الترفه والتنعيم ولا يقتصرون على الضرورة .

وقول القائل : أن هذا أمر غير ملائم للشرع فليس الأمر كذلك ، فإن الشرع سلط على لحم الخنزير وهو أخبث المحرمات عند الضرورة ، ولكن اختلف العلماء في أنه هل يقتصر على سد الرmq أو يتناول قدر الحاجة والحاجة العامة في حق كافة الخلق تنزل منزلة الضرورة الخاصة في حق الشخص الواحد ، والحاجة عامة إلى الزيادة على سد الرmq .

(١) المنحول ص ٨٢

(٢) شفاء العليل ص ٢١٥

وبؤخذ من هذه النصوص أمران :

أولها : أن ، كل ما فوق الضرورة من الحرام إذا طبق الحرام الأرض مسألة دليلها المصلحة وليس النص المعين ، إذ النص لا يشمل في هذه الحالة التي طبق الحرام فيها الأرض إلا أكل ما يدفع الضرورة ، لا قدر الحاجة .

وثانيهما : أن هذه المصلحة ملائمة لتصرفات الشرع ، إذ في الاختصار على سد الرمق تعطل المكاسب والهلاك ، وفي الهلاك انخراط أصل المحافظة على النفس ، فضلا عن تفويت الدين أيضاً .

الرُّصْل الخامس : مصادرة ما ارتكبت به أو فيه الجريمة .

للعقوبة بالمال عند المالكية صورتان :

إحدهما : إذا رأى الإمام جمعاً من الأغنياء يسرفون في الأموال ويبدرونها ويصرفونها في وجوه من الترف والتنعيم ، وضروب من الفساد فعاقبهم بأخذ جزء من أموالهم ورده إلى بيت المال أرصرفه في وجوه المصالح .

وهذا الوجه لا يجوز لأنه مصلحة غريبة لا تلائم تصرفات الشرع ، إذ لم يعهد مثل هذه العقوبة في الشرع ، وفوق ذلك فإن هذه المصلحة ليست بضرورية للزجر ، لأنها غير متعينة ، لشرعية العقوبات البدنية من سجن وضرب ونحوهما .

ويجب التفرقة بين هذا وبين ما إذا كان بعض الأغنياء قد اكتسبوا أموالهم بطريق غير مشروع ، فإن للإمام أن ينزع من الأغنياء ما يراه قد اكتسب من الطريق غير المشروع ، ولذلك قال الغزالي : « فإن قيل : فقد روى أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه شاطر خالد بن الوليد في ماله ، حتى أخذ رسوله يرد نعله وشرط عمامته ، قلنا المظنون من عمر أنه لا يبتدع العقاب بأخذ المال على خلاف المؤلف في الشرع ، وإنما ذلك لعلم عمر باختلاط

ماله بالمال المستفاد من الولاية وإحاطته بتوسعته ، فلعلمه ضم المال فرأى
شطر ماله من فوائد الولاية فيسكون استرجاعاً للحق لا عقوبة في المال ، لأن
هذا من الغريب الذي لا يلائم قواعد الشرع .

على أن الشاطبي يحكى عن ابن العطار أنه صنف إلى إجازة ذلك ، أى هذا
النوع من العقوبة في المال ، وذلك لأنه قال في إجازة أعوان القاضى إذا لم
يكن بيد مال ، أنها على الطالب ، فإن أدى المطلوب كانت الإجازة عليه ،
وقد مال إليه ابن رشد . ورده عليه بن النجار القرطبي وقال : إن ذلك من
باب العقوبة في المال ، وذلك لا يجوز على حال .

والواقع أن المسألة ليس فيها عقوبة في المال كما ظن بن النجار ، وإنما
فيها ضمان مال تسبب المدعى عليه في ضياعه على المدعى بسبب عدم قيامه
بالوفاء بما عليه من دين ، فالمدعى عليه قد ماطل في عدم الوفاء ، واضطر
المدعى إلى دفع مصاريف الدعوى حتى يصل إلى حقه ، فإذا ما حضر المدعى
عليه وثبت أنه مدين لم يوف عند الأجل ، كان متسبباً بخطئه في ضياع هذا
المبلغ على المدعى فوجب عليه الضمان .

وبذلك لا يكون فيه دليل على أن ابن العطار من المالكية يقول بجواز
هذا النوع من العقوبة في المال . ولا محل لا اعتراض ابن النجار على ابن العطار
بأن ذلك من باب العقوبة في المال .

ثانيهما : أن يكون الجاني قد استعمل المال في ارتكاب الجناية ، أو كما
يقول الشاطبي «أن تكون جنائية الجاني في نفس ذلك المال أو في عوضه» .

وفي هذه الصورة يجوز عند المالكية أن يعاقب الشخص في هذا المال ،
وذلك بحرمانه منه ، ويستوى بعد ذلك إتلافه أو التصديق به . ولذلك قال
مالك في الزعفران المغشوش إذا وجد بيد الذى غشه أنه يتصدق به على
المساكين قل أو كثير ، وذهب ابن القاسم ومطرف وابن الماجشون إلى أنه

يتصدق بما قل منه دون ما كثير ، وذلك محكى عن عمر رضى الله عنه ، وأنه أراق اللبن المغشوش بالماء .

ووجه لإجراه ذلك على الاستدلال المرسل أنه فى عقوبة الغاش أو من ارتكب الجريمة فى مال معين ، زجر له وتأديب ، وهذا التأديب وإن لم يشهد له نص معين ، لكنه ملائم لتصرفات الشارع ، إذ فيه تقديم للمصلحة العامة على المصلحة الخاصة ، وهو أصل شهدت له الأصول كما سبق ، ولذلك يقول الشاطبى بعد ذكر هذا النوع من العقوبة : « ووجه ذلك التأديب للغاش وهذا التأديب لا نص يشهد له . لكن من باب الحكم على الخاصة لأجل العامة ، وقد تقدم نظيره فى مسألة تضمين الصناع »^(١) .

وهذا يدل على أن مالكا لا يقول بمصلحة غريبة قط ، وأنه فى العقوبة فى المال إذا كانت جناية الجانى فى نفس المال أو فى عوضه ، يعمل بمصلحة تدخل تحت جلس راعاه الشارع فى نصوصه ، وسار عليه فى أحكامه ، فهو من المصالح التى شهد الشرع لجلسها بنصوص غير معينة . والتى تعد جزئياً من أصل شرعى كلى ، أو فرداً من أفراد العام الاستقرائى ، وهو أنه إذا تعارضت مصلحة عامة ومصلحة خاصة قدمت المصلحة العامة على الخاصة . ومصلحة الزجر عن الغش وارتكاب الجرائم بواسطة بعض الأموال مصلحة عامة دون شك ، فى حين أن مصلحة الغاش مصلحة خاصة ، وقد تعارضت المصلحتان فقدمت المصلحة العامة على المصلحة الخاصة .

الفرع الثاني

نتائج دراسة هذه التطبيقات

والخلاصة التي يتوصل إليها الباحث بعد عرضه لهذه الفروع التي كان سند الفتوى فيها عند مالك هو المصلحة المرسل ، تتمثل في نتيجتين :

النتيجة الأولى : الاستدلال المرسل طريقة معينة للاستدلال بالنصوص الشرعية :

إن الاستدلال المرسل في مذهب مالك ليس خارجاً عن النصوص ، بل هو طريقة معينة للاستدلال بالنصوص الشرعية ، فإن الحكم عند مالك إما أن يؤخذ من النص نفسه أى من اللفظ ، ويسمى الاستدلال حينئذ استدلالاً بالنص ، كدلالة قوله تعالى : « ولا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق » على حرمة القتل ، وإما أن يؤخذ الحكم من معقول نص واحد ، وهو القياس ، أو المصلحة المعتبرة ، وذلك إذا شهد النص لعين المصلحة ، كأخذ حرمة النبيذ ووجوب الحد على شربه ، من معقول قوله تعالى : « إنما الخمر والميسر » الآية . فالنص بلفظه أفاد حكم الخمر ، وبمعقوله أفاد حرمة كل مفسد للعقل ، فتحریم الشارع الخمر دليل اعتبار عين المصلحة في تحریم النبيذ والحد عليه .

وهناك حالة ثالثة هي أخذ الحكم من معقول جملة نصوص ، لا يفيد كل واحد منها الحكم بانفراده ، ولكنها تجتمع على معنى واحد ، وتدل على أصل كلي تعد المصلحة المفروضة في الفرع جزئياً لهذا الأصل ونوعاً يدخل تحت هذا الجنس الذي شهدت له النصوص وقامت عليه الأدلة . وذلك كالحكم في تضمين الصناعات ، والعقوبة في المسال ، والضرب بالتهمة

فإنها أحكام أخذت من معقول نصوص كثيرة ، هي النصوص التي أخذت في استقراء أصل أن الشارع يقصد تقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة عند التعارض . وعمل العقل هو استنباط هذا المعنى السكلي من تلك الجزئيات ، ثم تطبيقه على بعض الفروع ، أى أن عمل المجتهد هو استخراج المناط بطريق الاجتهاد من نصوص الشريعة ، ثم تحقيق هذا المناط في بعض الفروع ، فباستقراء نصوص الشريعة توصل المجتهد إلى أنه عند تعارض مصلحة عامة ومصلحة خاصة فإن الشارع يقدم الأولى على الثانية ، فعند ذلك يقول المجتهد : إن مناط تقديم إحدى المصلحتين عند التعارض هو أن تكون إحداها عامة والأخرى خاصة ، ثم ينظر في الجزئيات من تضمن الصناعات والعقوبة في المال ، والضرب بالنهم ، فيرى أن في كل منها مصلحة عامة هي حفظ المال ومنع الغش ، ثم يرى أن هناك مصلحة للشخص في ألا يضمن دون قيام بينة بالتعدي ، وألا يضرب دون قيام بينة على ارتكابه السرقة ، وألا يعاقب في ماله ، ولا يتركب أو يؤخذ منه دون رضاه ، وهاتان المصلحتان متعارضتان في نظر المجتهد ، ولا بد من تقديم إحداها على الأخرى ، وهنا يطبق المجتهد القاعدة التي توصل إليها ، والأصل الذي أحذه من استقراء النصوص فيقول : في تضمنين الصناعات حفظ مال الجماعة وإن أمكن أن يؤدي إلى تضمنين برىء ، فهو تقديم مصلحة عامة على مصلحة خاصة ، وحيث إن الشارع يقصد إلى تقديم المصلحة العامة على الخاصة فإن الشارع يقصد إلى تضمنين الصناعات .

ولقد عبر الشاطبي عن هذه الحقيقة وهي أن الاستدلال المرسل تطبيق للنص وعمل بمعقول الأدلة ، أصدق تعبير حيث يقرر :

١ - وإن أصول الفقه في الدين قطعية لا ظنية ، ، ويسوى بين الأصل بمعنى الدليل كالكتاب والسنة ، أو بمعنى القواعد السكلية المأخوذة

بالاستقراء من الشريعة ، أو بمعنى السكليات الشرعية المنصوصة (١) . ثم يصرح بعد ذلك « بأن كل أصل شرعى ، لم يشهد له نص معين ، وكان ملأئماً لتصرفات الشرع ، وما أخذاً معناه من أدلته ، فهو صحيح بينى عليه ويرجع إليه ، إذا كان هذا الأصل قد صار بمجموع أدلته مقطوعاً به ، ويدخل تحت هذا ضرب الاستدلال المرسل الذى اعتبره مالك والشافعى فإنه وإن لم يشهد للفرع أصل معين ، فقد شهد له أصل كلى ، والأصل الكلى إذا صار قطعياً قد يساوى الأصل المعين ، وقد يربى عليه بحسب قوة الأصل المعين وضعفه » (٢) .

فلا استدلال المرسل استدلال بأصل قد صار بمجموع أدلته مقطوعاً به . فهو إعمال للنصوص ، وليس شيئاً خارجاً عنها ، وإنما أطلق عليه العلماء الاستدلال المرسل لأن هذا الأصل لم يؤخذ من نص واحد معين وإنما أخذ من مجموع نصوص وجملته أدلة لا يمتاز كل واحد منها بانفراده برجوع هذا الأصل إليه أو اعتماده عليه ، فهو معنى كلى راعاه الشارع فى نصوصه ، وسار عليه فى أحكامه ، أو لأن الفرع الذى يطلب معرفة حكمه ، والذى يعد جزئياً من هذا الكلى ، أو فرداً من أفراد هذا العام ، لا يشهد نص لعينه ، بل شهد لجنسه ، أى هذا المعنى الكلى ، عدة نصوص لا يدل كل واحد منها بانفراده عليه ، فتضمن الصنيع فرع لم يدل على حكمه نص معين لا بلفظه ولا بمعقوله ، إذ لم يتقدم له مثيل يقاس عليه بحيث يساويه فى عين المصلحة ويعطى عين حكمه ، ولا يدل على حكمه نص ، ولكن شهدت له نصوص كثيرة ، لم تتعرض هذه النصوص للتضمنين ولا لعلته ، وإنما تعرضت لمعنى عام وجنس يشمل التضمنين وغيره ، وهو أن المصلحة العامة تقدم على المصلحة الخاصة عند التعارض .

(١) الموافقات ج ٦ ص ٢٩ . (٢) الموافقات ج ٣ ص ٣٩ .

٢ - يقول الشاطبي إن كل أصل كلئ يؤخذ من استقراء الأدلة عام استقرائئ لا يقل فى قوة الاحتجاج به والاستناد إليه ، والاعتماد عليه ، عن العام المستفاد من الصيغة ، بل إن العام المأخوذ من استقراء النصوص يعد عاماً قطعياً ، فى حين أن العام المستفاد من الصيغة قد قرر الجمهور ، ومنهم المالكية ، أنه يفيد الظن .

وقرر ، بناء على ذلك ، أن هذا العام يطبق على كل الحوادث التى لائنص فيها ، ولا يحتاج فيه إلى إجراء قياس أو غيره . فإذا توصل المجتهد باستقراء النصوص إلى أن المصلحة العامة تقدم على المصلحة الخاصة عند التعارض ، ثم نزات نازلة أو جدت حادثة لائنص فيها ، ولا يمكن قياسها على منصوص ، ورأى المجتهد أنها مناط لمصلحتين : إحداهما عامة والأخرى خاصة ، فلا يتبادى فى تطبيق هذا العام عليها ، وتقديم المصلحة العامة على الخاصة وإعطائها الحكم الذى يحقق ذلك .

وفى ذلك يقول الشاطبي : « العموم إذا ثبت فلا يلزم أن يثبت من جهة صيغ العموم فقط . . . بل من استقراء مواقع المعنى حتى يحصل منه فى الذهن أمر كلئ عام فيجرى فى الحكم مجرى العموم المستفاد من الصيغة ومثال ذلك قاعدة رفع الحرج فى الدين نستفيدة من نوازل متعددة خاصة بمختلفة الجهات ، متفقة فى أصل رفع الحرج ، كما إذا وجدنا التيمم شرع عند مشقة طلب الماء ، والصلاة قاعدة عند مشقة طلب القيام ، والقصر والفطر فى السفر ، والجمع بين الصلاتين فى السفر والمرض والمطر ، والنطق بكلمة الكفر عند مشقة القتل والتأليم ، وإباحة الميتة وغيرها عند خوف التلف الذى هو أعظم المشقات ، والصلاة إلى أى جهة عند تعذر استخراج القبلة ، والمسح على الجبايز والخفين لمشقة النزاع ولرفع الضرر ، والعفو فى الصيام عما يعسر الاحتراز عنه من المفطرات كمغبار الطريق ونحوه ، إلى جزئيات كثيرة جداً

يحصل من مجموعها قصد الشارع لرفع الحرج ، فإننا نحكم بمطلق رفع الحرج في الأبواب كلها عملاً بالاستقراء فكأنه عموم لفظي ، (١) .

٣ — ثم يقرر الشاطبي أنه إذا تقررت عند المجتهد هذه المسألة ، ثم استقرى معنى عاماً من أدلة خاصة ، واطرد له ذلك المعنى لم يفتقر بعد ذلك إلى دليل خاص على خصوص نازلة تعن ، بل يحكم عليها وإن كانت خاصة ، بالدخول تحت عموم المعنى المستقرى من غير اعتبار بقياس أو غيره ، إذ صار ما استقرى من عموم المعنى كالمخصوص بصيغة عامة ، فكيف يحتاج مع ذلك إلى صيغة خاصة بمطلوبه ؟ (٢) .

وعلى هذا التصوير يمكن القول بأن الاستدلال المرسل يعنى الاستدلال بأصل كل أو عام استقرائى على جزئيات تدخل تحت هذا الكلى ، أو أفراد يشملها هذا العام . ويكون بذلك إعمالاً للنصوص ، وليس كما يتوهم البعض تحكيمياً لمصلحة مجردة على المعنى الذى يصورون به مذهب مالك .

النتيجة الثانية :

كل مصلحة ملائمة يمكن فيها إجراء قياس المصالح ، فقد عرفنا أن كل مصلحة ملائمة عند مالك هي مصلحة تشهد لها أصول شرعية وأن الفرق بينها وبين القياس ينحصر في أن المصلحة الملائمة شهدت النصوص لنفسها ، في حين أن القياس مصلحة شهدت النصوص لنوعها .

وعلى هذا ، فإنه يمكن إجراء نوع من القياس في كل مصلحة ملائمة ، وقد أطلق الغزالي على هذا النوع من القياس قياس المصالح ، أما إمام الحرمين فقد سماه قياس المعاني . وإليك إجراء قياس المصالح على المصالح الملائمة التى

(١) الموافقات ج ٣ ص ٢٩٩ .

(٢) الموافقات ج ٣ ص ٣٠٤ .

رويت عن مالك رضى الله عنه (١) .

حد الشارب ثمانين :

حد الشارب ثمانين فيه إقامة لمظنة القذف وهو الشرب مقام القذف فيجوز قياساً على الخلوة بالأجنبية فإنه لما كانت الخلوة مظنة الزنا أعطيت حكمه ، والجامع بينهما أن كلا منهما مظنة لشيء آخر ، والحكم هو إعطاء المظنة حكم المظنون .

تضمين الصانع :

تضمين الصانع فيه محافظة على أموال عامة أصحاب السلع وإن أمكن فيه تضمين يرى ، فيجوز قياساً على تلقى الركبان فإنه منعه منه محافظة على مصلحة عامة أهل السوق ، وإن كان فيه تفويت مصلحة المشتري . والجامع بين الأصل والفرع أنه في كل منهما حفظ مصلحة عامة مع احتمال تفويت مصلحة خاصة ، والحكم هو جواز تقديم المصلحة العامة على الخاصة .

(١) وسوف نرى أن بعض كتاب الأصول يدخل المصلحة التي تشهد الأصول لجنتها في باب القياس ، بل ويجرى فيها القياس ، كما فعل البيضاوى والأسنوى والآمدى وابن السبكي ، وبعض الحنفية .

وأما الغزالي فإنه وإن كان يرى أن القياس ممكن في كل مصلحة ملائمة لجنس تصرفات الشارع ، وتكون النصوص التي دلت على اعتبار جنس المصلحة هي الأصول التي يقاس عليها ، إلا أنه يفضل أن تخص مثل هذه المصلحة باسم خاص بها هو المصلحة المرسل ، على أن يكون المفهوم من الإرسال ليس هو الإرسال عن الأصل أو الشاهد مطلقاً ، فإن هذه مصلحة غريبة قام الإجماع على ردها وأنها تفرع من القائل به فلا يقبل منه ، بل يقصد بالإرسال الإرسال عن نص يشهد لعين المصلحة حتى يمكن القياس الذي يصوره الغزالي بأنه تعدينية حكم بعينه من محل النص إلى غير محل النص بعلته هي الموجبة في محل النص راجع شفاء القليل ص ١٩٠ .

ضرب المتهم :

ضرب المتهم فيه حفظ أموال العامة ، وإن أمكن أن يصادف الضرب بريئاً فيجوز ، قياساً على المنع من تلقى الركبان فإن فيه مصلحة لعامة أهل السوق وإن كان يفوت مصلحة خاصة للمتلقى ، والجامع أن في كل من الأصل والفرع تقديم مصلحة عامة على مصلحة خاصة ، والحكم هو جواز هذا التقديم .

العقوبة في المال :

العقوبة في المال فيها تقديم لمصلحة عامة الناس وحمايتهم من الغش وإن كان فيه إلتاف المال الذي وقعت الجناية به فيجوز قياساً على بيع الحاضر للبادي ، فإنه لما كان فيه تقديم مصلحة أهل الحضر على مصلحة متولى البيع أو البائع ، جاز . فالجامع أن في كل منهما تقديم مصلحة عامة على مصلحة خاصة ، والحكم هو جواز هذا التقديم .

توظيف الخراج :

توظيف الخراج فيه دفع ضرر الفتن الداخلية والهجوم الخارجي بفوات جزء من المال ، فيجوز قياساً على ما لو وطئ الكفار أرض الإسلام ووجبت النصرة وتعريض النفس للهلاك والمال للضياع ، والجامع أن في كل من الأصل والفرع دفع ضرر أشد بارتكاب ضرر أخف ، والحكم هو جواز هذا الدفع للضرر الأشد بارتكاب الضرر الأخف .

تولية من ليس بمجتهد الإمامة :

تولية الأمثل فالأمثل من ليس بمجتهد الإمامة فيه محافظة على مصلحة أصلية ضرورية ، هي حفظ نظام الأمور وقطع مادة الشرور ، وإن كان

فيه تفويت مزبة الاجتهاد ، وهى مصلحة تكميلية ، فيجوز قياساً على الجهاد مع أمراء الجور ، فإن جهاد الأعداء معهم يحقق مصلحة ضرورية أصلية ، ويفوت مصلحة تكميلية وهى عدالة الوالى ، والجامع أن فى كل من الأصل والفرع تحصيل مصلحة أصلية مع فوات مصلحة تكميلية والحكم هو جواز هذا التقديم .

استمرار ولاية المفضول :

استمرار إمامة المفضول وعدم خلعه وإن وجد الأفضل فيه تحصيل مصلحة ضرورية أصلية هى القضاء على الفتن وحماية بلاد الإسلام ، مع فوات مصلحة تكميلية ، فيجوز قياساً على الجهاد مع أمراء الجور ، فإن فيه تحصيل مصلحة الجهاد الضرورية الأصلية مع فوات مكمل وهو عدالة الوالى ، والجامع أن فى كل منهما تقديم مصلحة أصلية على مصلحة مكملة عند التعارض ، والحكم هو الجواز .

وهكذا يمكن إجراء القياس فى كل مصلحة مرسله . والفرق بين هذا القياس والقياس الذى شهد النص فيه لعين المصلحة ، أن الفرع والأصل فى القياس العادى يشتركان فى نوع المصلحة ، بمعنى أن المصلحة الموجودة فى الأصل والمصلحة الموجودة فى الفرع من نوع واحد ، والحكم المراد إعطاؤه للفرع من نوع حكم الأصل ، فى حين أن القياس الذى اعتبر الشارع فيه جنس الوصف فى جنس الحكم ، وهو قياس القواعد أو المصالح ، ليست علة الفرع فيه من نوع علة الأصل بل من جنسها ، كما أن حكم الفرع فيه من جنس حكم الأصل وليس من نوعه ، أو بعبارة أخرى ، يوجد فى الأصل نوع من الوصف مغاير للوصف الموجود فى الفرع واسكنه من جنسه ، والحكم المراد إعطاؤه للفرع حكم مغاير لحكم الأصل من حيث النوع لسكنه من جنسه .

ففى قياس السرقة على الغصب فى الضمان بجامع التعدى نقول : السارق يضمن المال المسروق وإن قطع ، لأنه مال تلفت تحت يد عادية فيضمن

قياساً على الغصب، فالوصف الذى فى الأصل والفرع هو التعدى ، وهو نوع من الوصف بالنسبة لتعدى السارق والغاصب ، وليس جديساً ، فتعدى السارق والغاصب أفراد لهذا النوع وليسوا نوعين لجديس . والحكم هو الضمان فى كل من الأصل والفرع ، وضمان السارق والغاصب أفراد لهذا النوع وليسوا نوعين لجديس .

أما فى قياس شرب الخمر على الخلوة بالأجنبية فإننا نقول : يحد شارب الخمر ثمانين جلدة ، إقامة لمظنة القذف مقام القذف نفسه ، قياساً على الخلوة بالأجنبية ، فإنها لما كانت مظنة للزنا حرّمها الشارع كما حرّم الزنا . فالوصف الذى فى الأصل هو أن الخلوة مظنة زنا ، والذى فى الفرع هو أن الشرب مظنة قذف ، ومظنة قذف ومظنة زنا نوعان متغايران من الوصف ، يدخلان تحت جنس هو مطلق مظنة . وحكم الأصل هو الجلد ثمانين ، وحكم الفرع هو حرمة الخلوة ، وهما نوعان متغايران من الحكم يجمعهما جنس الحكم . إذ الجلد ثمانين حكم ، وحرمة الخلوة حكم .

وإذا كان القياس هو المساواة بين الأصل والفرع ، فإن المساواة الموجودة فى قياس المصلحة أو القواعد هى مساواة فى الجنس وليست فى النوع ، فالفرع يساوى الأصل فى جنس العلة ، وحكم الأصل يساوى حكم الفرع فى الجنس .

وعلى ذلك يمكن للملكية أن يضعوا هذا النوع من المصالح فى إحدى صور ثلاث كلها استدلال بالنصوص ، واعتماد عليها :

١ - فى صورة الأصل الكلى ، أو القاعدة العامة أو العام الاستقرائى ، والاستدلال على هذا الأصل باستقراء النصوص ، فإذا ثبت الأصل ، وتحصلت القاعدة ، فإنهم يحققون مناطها فى الفروع ، أو يحسرون العام الاستقرائى على الأفراد . فإذا ثبت لديهم أن الشارع يقيم الأسباب مقام المسببات ، ويعتبر المظنة فى الأحكام ، فإنهم يعتبرون ذلك أصلاً كلياً

أو عاماً استقرائياً ، ثم يحققون مناطه أو يطبقونه على حد الشارب ثمانين فيقولون : الشرب مظنة القذف ، والشارع يقيم مظنة الشيء مقام نفس الشيء ويعطيها حكمه ، فيجب إقامة الشرب مقام القذف وإعطاء الأول حكم الأخير .

ويقولون : إنضمين الصانع فيه تقديم لمصلحة أرباب السلع على مصلحة خاصة ، هي مصلحة من لم يقهر ولم يتعد من الصانع . والشارع يقدم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة عند التعارض ، فيجب تقديم مصلحة أرباب السلع على مصلحة الصانع كذلك .

ويقال : توظيف الخراج فيه دفع الفتن الداخلية وصد العدوان الخارجي في مقابل دفع جزء من المال ، وهو ارتكاب ضرر أخف في مقابل دفع ضرر أشد ، والشارع يدفع أشد الضررين وأعظم الشرين بارتكاب أخفهما .

وهكذا في كل الأمثلة فإن المجتهد يستقرىء نصوص الشريعة ليخرج من هذا الاستقراء بالمقاصد الشرعية الكلية ، والمصالح العامة التي راعاها الشارع في تشريعه ، ثم يطبق هذه الأصول الكلية على الجزئيات التي تجدد ولا نص فيها ، ولا يمكن أخذ حكمها من معقول النص بطريق القياس ، وذلك كما يفعل في العموم المستفاد من الصيغة سواء بسواء ، فأحد العمومين استفيد معناه من صيغة واحدة ، والآخر استفيد معناه من أكثر من نص . وهذا استدلال بالنصوص دون شك ، ولا مانع من تسمية هذا النوع من الاستدلال استدلالاً مرسلًا ، أو مصلحة مرسلة ، تمييزاً له عن القياس بمعناه الضيق ، على أن يكون مفهوماً أن كلام القياس والاستدلال المرسل استدلال بمعقول النص ، والفرق أن الحكم في القياس أخذ من معقول نص واحد ، وفي الاستدلال المرسل أخذ من معقول عدة نصوص . أو بعبارة أخرى ، في القياس شهد نص معين لعين المصلحة . وفي الاستدلال المرسل

شهدت عدة نصوص لجنس المصلحة دون عينا . وقد رأينا الشاطبي يطلق الاستدلال المرسل على هذا الأصل السكلي .

٢ - في صورة المصلحة المرسلة ، فيقول المجتهد : يحد الشارب حد القاذف إقامة لمظنة القذف مقام القذف ، وإقامة مظنة القذف مقام القذف مصلحة مرسلة ، بمعنى أنه لم يعتبر للشارع عينا في عين الحكم في أصل معين ، ولكن اعتبر جلسها في جنس الحكم . أو لأنها تدخل تحت ما اعتبره الشارع وبني أحكامه عليه وفرع الفروع على وفقه ، وذلك هو اعتبار الشارع المظنة في الأحكام . ومن الأدلة على اعتبار المظنة في الأحكام إقامة الخلوة بالأجنبية مقام الزنا ، وإقامة الإيلاج مقام الإنزال وإقامة حافر البئر في محل العدوان مقام المردى وهكذا ، في بعض الأحكام . فالإرسال هنا وصف للمصلحة الجزئية الموجودة في الواقعة ، أي لإقامة مظنة القذف مقام القذف ، فإن هذا وصف مرسل لم يشهد له نص معين ، في حين أن الإرسال في الطريقة الأولى في القاعدة السكلية أو العام الاستقرائي ، ومعناه أن هذا الأصل لم يؤخذ من نص واحد ، ولم يرجع إلى أصل معين بل أخذ من استقراء عدة نصوص لا يمتاز أحدها بانفراده برجوع هذا المعنى إليه .

ولقد رأينا الشاطبي المالكي يستعمل الطريقة الأولى في كتابه الموافقات فيقول : « كل أصل شرعي لم يشهد له نص معين ، وكان ملائماً لتصرفات الشرع وما أخذاً معناه من أدلته ، فهو صحيح يبنى عليه ويرجع إليه .. ويدخل تحت هذا ضرب الاستدلال المرسل ... فإنه وإن لم يشهد للفرع أصل معين ، فقد شهد له أصل كلي ، والأصل السكلي إذا صار قطعياً قد يساوى الأصل الجزئي ،^(١) فهو يجعل الأصل الشرعي هو الملائم لتصرفات الشارع ، والمأخوذ معناه من أدلته ، ويقول : إنه لم يشهد لهذا الأصل نص معين .

(١) الموافقات ج ١ ص ٣٩ .

وفي كتابه الاعتصام يستعمل الطريقة الأخرى وهي جعل الإرسال في المصلحة الجزئية لافي الأصل السكلي فيقول : « والثاني : أن يلائم تصرفات الشارع ، وهو أن يوجد لذلك المعنى جنس اعتبره الشارع في الجملة يغير دليل معين وهو الاستدلال المرسل ، المسمى بالمصالح المرسله^(١) . فهو يشترط أن يوجد لذلك المعنى ، أى المصلحة في الفرع ، جنس اعتبره الشارع في الجملة يغير دليل معين ، فالإرسال وصف للمصلحة الجزئية ، وأما الجنس فهو جنس اعتبره الشارع في الجملة .

٣- وطريقة الاستدلال الثالثة هي إجراء القياس في مثل هذه المصالح . وهذا النوع من القياس هو قياس في القواعد أو المصالح ، ومعناه التسوية بين الفرع والأصل في مصلحة معينة ، فينتقل جنس حكم الأصل إلى الفرع فيأخذ الفرع منه نوعاً من الحكم يحقق المصلحة في هذا الفرع بالذات . ففي تضمين الصانع ، الحكم الذى ينتقل من الأصل - أى منع تلقى الركبان - هو جواز تقديم مصلحة عامة على مصلحة خاصة وهذا جنس يأخذ الفرع منه نوعاً يناسبه ، أى تقديم مصلحة أرباب السلع على مصلحة الصانع ، في حين أن حكم الأصل هو المنع من تلقى الركبان ، وهو لا ينتقل إلى الفرع ، وهو تضمين الصانع ، بل ينتقل جنسه ثم يأخذ هذا الفرع نوعاً من هذا الجنس يتناسب معه .

وسنرى أن بعض الحنفية أخذوا بالمصلحة المرسله ، وأجروا فيها هذا النوع من القياس .

المبحث الثالث

علاقة المصلحة بالنص الشرعى

مقريه ونفسيم :

قلنا إن المصلحة المرسله عند مالك هى المصلحة التى لا يشهد نص معين باعتبارها ولا بإلغائها ، ولكنها مصلحة ملائمة . ولقد عرفنا أن ملائمة المصلحة تعنى دخولها تحت جنس اعتبرته الشريعة ، أو أصل استقرى من مجموع نصوصها . وعلى هذا ، فإن علاقة المصلحة بالنص تبدو فى ناحيتين :

أولاهما : من ناحية رجوع المصلحة الجزئية فى الفرع أو النازلة إلى الأصل السكلى أو المجلس الذى شهدت له النصوص فى الجملة . وهذا هو الشرط الضرورى فى اعتبار كل مصلحة فى التشريع ، وهو الذى يفرق بين المصالح الملائمة والمصالح الغريبة التى يحكى كتاب المالكية رفض القول بها ، لا عند مالك وحده ، بل عند كافة المنتسبين للشريعة . وهو ما قصدنا بيانه فى المبحثين السابقين ، وقد قدمنا هناك ما فيه الكفاية فلا داعى إذن لإعادته .

ثانيهما : من ناحية عدم مصادمة المصلحة للنص المعين ، وهذا الشرط هو الذى يفرق بين المصلحة المرسله والمصلحة الملغاة . والمقصود بمصادمة المصلحة للنص المعين أن تقتضى المصلحة حكما فى الواقعة يخالف الحكم الذى يدل عليه النص فيها ، سواء كانت دلالة هذا النص على الحكم دلالة قطعية أو ظنية . أو بعبارة أخرى سواء قصد بالنص ما يرادف الظاهر وهو « اللفظ الذى يغلب على الظن فهم معنى منه من غير قطع » ، كما يقول الغزالى الشافعى . أو « ما تردد بين معنيين فأكثر هو فى أحدهما أرجح » ،

كما عرفه به القرافي المالكي . أم قصد به ، اللفظ الذي لا يتطرق إليه احتمال أصلاً لا على قرب ولا على بعد ، كما يقول الغزالي ، أو « مادل على معنى قطعاً لا يحتمل غيره قطعاً » كما هي عبارة القرافي .

وإذا كانت هذه الحقيقة واضحة من تعريف المصلحة المرسلة عند المالكية ، وهي التي تؤيدها الفتاوى التي رويت عن الإمام مالك رضي الله عنه ، إلا أن بعض من كتبوا في المصلحة نسبوا إلى مالك أنه يقدم المصلحة على نص الكتاب والسنة ، بل ويترك بها خبر الآحاد . ولذلك فإنني أقسم هذا المبحث إلى فرعين : في أولها : أرد شبه الذين ينسبون إليه تقديم المصلحة على النص ، وفي ثانيهما ، أرد شبه القائلين بأنه يرد خبر الواحد بالمصلحة .

الفرع الأول

رد شبه من نسبوا إلى مالك أنه يقدم المصلحة على النص

ذكر بعض الكتاب المحدثين أن الإمام مالك رضي الله عنه يقدم رعاية المصلحة على النص ، وأنه يعمل بالمصلحة المعارضة للكتاب والسنة وقدموا دليلاً على دعواهم هذه عدة فروع في الفقه المالكي زعموا أن سند مالك فيها هو المصلحة في مقابلة النص .

وبعض هؤلاء الكتاب يفسر تقديم المصلحة على النص بما يفيد أنه من باب تخصيص النص بالمصلحة . ومعنى هذا أن المصلحة عندهم لا تعارض إلا النص الظني ، ذلك أن الذي يقبل التخصيص هو العام ، والعام من قبيل الظاهر وليس من قبيل النص^(١) .

(١) راجع شرح تنقيح الفصول ص ١٨ حيث يقول القرافي : « فاللفظ متى رجح في احتمال من الاحتمالات قلت أو كثرت سمى ذلك اللفظ ظاهراً بالنسبة إلى ذلك المعنى كالعموم بالنسبة =

ومن هذا الرأى الدكتور مصطفى زيد ، يقول سيادته فى رسالته (١) :
ولكن ثمة طائفة من فتاوى مالك خصصت النص بالمصلحة كفتواه رضى
الله عنه بعدم وجوب الإرضاع على الزوجة الشريفة التى تتضرر به حتى
لا يلحقها أذى من تعيير أو أنفة زوج مثلاً ، مع أن آية : «والوالدات ..»
صريحة فى وجوب الإرضاع على الوالدات دون استثناء ... وفتواه بسجن
المنهم بالسرقة وضرره تعديباً له حتى يقر ، مراعاة لمصلحة أرباب الأموال
الذين لا يتمكنون من إقامة البينة على السارق مع أن حديث «والبين على
من أنكر» عام كما هو واضح ... وفتواه بتضمين الأجير المشترك وإن
لم يكن صانعاً ، إذ الأجراء مؤتمنون بالدليل لا بالبراءة الأصلية ... وفتواه
فى المرأة تطلق وهى حائض ثم ينقطع حيضها قبل سن اليأس بأن تنتظر
الأشهر التسعة ثم تنتظر بعد ذلك ثلاثة أشهر هى عدتها ، مع أنها ليست
من ذوات الأشهر ... فهل تعنى هذه الفتاوى وزميلاتها أن مالكاً يقدم
رعاية المصلحة على النص ؟ إن ابن العربى يصرح بهذا ولكنه يسميه
استحساناً (٢) .

== إلى الاستغراق فإن اللفظ ظاهر منه دون الخصوص » ، والمستصفي ج ١ ص ٣٦٧ حيث يقول
الغزالى : « والعموم يفيد ظن الاستغراق عند القائلين به ، لكنه يحتاج إلى البيان ليصير الظن
علماً فيتحقق الاستغراق ، أو يدين خلافه فيتحقق الخصوص » ويقول : ٣٧٨ : « العموم ...
يحمل عند أكثر المتكلمين متردد بين الاستغراق والخصوص ، وهو ظاهر عند أكثر الفقهاء
فى الاستغراق ، وإرادة الخصوص به من كلام العرب » ويقول : ٤٠١ : « أن العموم إن جعلناه
ظاهراً فى الاستغراق لم يكن فى التخصيص إلا إزالة ظاهر » .

(١) المصلحة فى التشريع الإسلامى ونجم الدين الطوفى ص ٥٢ .

(٢) ومن هذا الرأى أيضاً الأستاذ على حسب الله . انظر كتابه أصول التشريع الإسلامى
ص ٢٥٥ حيث يقول : « فإذا عارضت المصلحة نصاً أو قياساً كان ذلك مجالاً للبحث » . ثم قال « إذا
استعرضنا ما قدمناه من الفروع المأثورة فى رعاية المصلحة وجدنا منها ما اعتبرت فيه المصلحة
مع معارضتها للكتاب أو السنة أو القياس » ثم ذكر بعض أمثلة المصالح التى تعارض النص
فقال إن منها « قتل الزنديق المفسر وإن تاب إذا خيف ضرره ، محافظة على الدين ، وهو معارض
لقوله : « أمرت أن أقاتل الناس ... » إلخ . وجواز التسعير عند الحاجة إليه ، وجواز =

أما صاحب رسالة تعليل الأحكام فإنه يفسر تقديم المصلحة على النص بما يفيد أن المصلحة عنده لا تعارض النص العام وتقضى عليه بالتخصيص فقط ، حتى تكون المصلحة معارضة للظاهر الذى يفيد الظن كما يرى الفريق الأول ، بل إنه يصرح بأن المصلحة تقدم على النص الخاص الذى ليس تحته إلا فرد واحد فترفع حكم هذا النص ، ويسمى ذلك تعطيلاً للنص تمييزاً له عن النسخ ، بل وتقدم المصلحة على جميع مدلول النص العام بحيث لا يعمل بالنص العام فى فرد من أفرادها ، وأخيراً فإن المصلحة تقدم على الإجماع حتى على فرض أنه حجة قطعية ، وأنه منقول إلينا بالتواتر إذا أضحى العمل بالإجماع لا يحقق المصلحة ، وإن كان فضيلته يقصر ذلك على المعاملات دون العبادات. وإليك عبارات فضيلته لتعرف منها حقيقة رأيه:

يقول فضيلته فى بيان أن شيوخ المالكية يعملون بالمصلحة فى مقابلة الدليل^(١) : «والذى يعنيننا من ذلك هو أنهم اعتبروا المصلحة فى التشريع، سواء كانت فى مقابلة دليل أم لا ، .

ويقول مؤكداً أن هذا مذهب الإمام مالك نفسه^(٢) : «ونحن إذا رجعنا إلى فتاوى الإمام نفسه ، وما عمل به من المصلحة وجدناه رضى الله عنه اعتبرها ولو كانت فى مقابلة النص ، .

ثم ينبى على من قسموا المصلحة بما يجعل المرسلة غير معارضة للنص ، مدعين أن ذلك هو مذهب مالك — اعتماداً على القول بأن فتوى يحيى للملك فتوى على خلاف النص فتلغى — فيقول^(٣) : «وهذا التقسيم

== تلقى الركبان إذا كثرت الساع وجواز قطع الشوك إذا اعترض طريق الحجاج وآذاهم وقد نهت السنة عن كل ذلك » .

(١) رسالة تعليل الأحكام ص ٣٦٦ .

(٢) السابق ٣٦٧ .

(٣) السابق ٢٨١ .

في ذاته حاصر . . . ولكن الذى يؤخذ عليه تسميتهم النوع الثانى بالملقاة ، لأن مجرد مخالفة المصلحة لمقتضى نص خاص لا يلغيا .

ويقول (١): « فلا وجه لقول من يقول إن المصلحة إذا كانت في مقابلة النص لا تعتبر مطلقاً ، مدعياً أن هذا هو مذهب مالك رضى الله عنه ، أخذاً من إنكار علماء المالكية على يحيى ، لأنه رضى الله عنه قد اعتبرها فيما ورد عنه من الفتاوى وإن كانت في مقابلة النصوص . »

ويقول في تأكيد أن المصلحة يترك بها النص بجميع أفرادها ، راداً على من يكتفى بالقول بتخصيص المصلحة للنص العام ، حتى يبقى العمل بالنص ولو جزئياً (٢) ، مطلقاً على هذا الرفع لجميع مدلول النص أنه تعطيل للعمل بالنص فقط ، وليس نسخاً دائماً له : « قد يقول قائل ، إن هذه المصلحة المخصصة لا يصدق عليها أنها مصلحة صادمة نصاً أو عارضته ، لأن معنى المصادمة أو المعارضة أن تكون دالة على نقيض ما دل عليه النص ، وهذا لا يتحقق إلا في مصلحة تلغى النص بجميع أفرادها حيث يصبح النص غير معمول به . ولكن في التخصيص النص يبقى العمل به فيما عدا المخرج بالتخصيص . »

والجواب : أن الدليل الذى سوغ التخصيص بها يجوز ترك النص بجميع أفرادها ما دام الفرض تحقيق المصالح للناس . على أن العمل بالمصلحة لا ينسخ العمل بالنص ، بل غاية ما فيه تعطيل العمل به مؤقتاً .

ويقول مناقشاً لأتباع الإمام مالك الذين اشترطوا عدم مصادمة المصلحة أو مناقضتها للنص الشرعى ، على تفسير المناقضة برفع جميع مدلول النص ، وليس فقط بإخراج بعض أفرادها ، مع أن أحداً من الأتباع لم يعترف بذلك (٣) .

(١) رسالة تعليل الأحكام ص ٣٧٢ .

(٢) السابق ص ٣٧٠ .

(٣) السابق ص ٣٧٠ .

« فإذا ثبت عنه العمل بالمصلحة تخصيصاً للنصوص واعترف به الاتباع،
فماذا يقولون في نص تحته فرد واحد وأضحى العمل به يالحق بصاحبه العنت
والضرر ؛ أيعترفون بجواز العمل بالمصلحة في مقابلة ذلك النص ، وهو
نقض لذلك الشرط الذى شرطوه ، أم يمنعون العمل بها ، وهو إهدار
للأدلة المبيحة للعمل بالمصلحة وهى في مجموعها تفيد قطعاً ، وهذا النص الجزئى
لا يفيد إلا الظن . »

ويقول فضيلته في بيان أن فتوى يحيى المشهورة لا يزيد بها ضعفاً أنها
مخالفة للإجماع فوق مخالفتها للنص^(١) ذاك أن المصلحة عنده كما ترفع حكم
النص ، ترفع الحكم المجمع عليه من جميع المجتهدين في عصر من العصور إذا
أضحى الإجماع غير محقق للمصلحة :

« وعندى أن مخالفة الفتوى لهذا الإجماع لا يزيد بها ضعفاً على مخالفتها
للنص ، لأن المصلحة إذا كانت من الأدلة المعتبرة فمقابلتها لغيرها من الأدلة
يعتمد فيها الترجيح بالقوة لا يكون المقابل إجماعاً أو غير إجماع إذا كان
الحكم مما يعتبر فيه المصلحة بأن كان بعيداً عن العبادات وما شاكلها مما
يوقف فيه عند النص . »

هذه هى العبارات التى عرض بها فضيلته رأيه فى أن الإمام مالكا رضى
الله عنه يقدم المصلحة على النص مطلقاً ، سواء كان هذا النص عاماً ، والمصلحة
تخرج منه بعض الأفراد ، أو عاماً والمصلحة تخرج منه كل الأفراد ، أو كان
نصاً خاصاً تحته فرد واحد . وسواء أكان هذا الذى تقدم عليه المصلحة
نصاً من الكتاب أو السنة ، وأن المصلحة تقدم على الإجماع الذى أضحى
لا يحقق المصلحة . وبالمجمله فإن المصلحة عنده تقدم على كل دليل نصاً أو
إجماعاً أو غيرهما ، وسواء فى ذلك الدليل القطعى متناً وإسناداً كالإجماع ،

أو النص الخاص من الكتاب أو السنة المتواترة ، والدليل القطعي من حيث السند دون المتن كعام الكتاب والخبر المتواتر ، والدليل الظني من حيث المتن والإسناد كعام خبر الواحد والقياس .

وسوف نرى أن الطوفي الذي يصرح بأن مذهبه في المصلحة أبلغ من مذهب مالك رضى الله عنه ويقول : « أعلم أن هذه الطريقة التي ذكرناها ليست هي القول بالمصالح المرسل على ماذهب إليه مالك ، بل هي أبلغ من ذلك »^(١) ، لا يقدم رعاية المصلحة على نص خاص ، أو يقول بها في مقابلة النص القطعي في سنده ودلالته ، بل يؤكد أن النص والإجماع إن خالفاهما ، أى المصلحة ، وجب تقديم رعاية المصلحة عليهما ، بطريق التخصيص والبيان لهما ، لا بطريق الافتئات عليهما ، والتعطيل لهما ،^(٢) .

ويقول إنه إذا تبين للمجتهد أن هناك ضرراً اقتضت المصلحة منعه ودفعه ، فإن اقتضاه - أى الضرر - دليل خاص اتبع الدليل ، وإن لم يقتضه دليل خاص وجب تخصيصها بقوله عليه السلام : « لا ضرر ولا ضرار » جمعاً بين الأدلة^(٣) .

ويقول مؤكداً أن فرض مخالفة المصلحة للنص الذى توافرت له القطعية من جهة المتن والسند فرض باطل^(٤) : « فإن فرض عدم احتمال - أى النص - من جهة العموم والإطلاق ونحوه ، وحصلت فيه القطعية من كل جهة بحيث لا يتطرق إليه احتمال بوجه ، منعنا أن مثل هذا يخالف المصلحة . وإن كان آحاداً محتملاً فلا قطع ، وكذا إن كان متواتراً محتملاً ، أو آحاداً

(١) المصاحبة في التشريع الإسلامى ص ٢٣٥ .

(٢) المرجع السابق ص ٢٠٩ .

(٣) المرجع السابق ص ٢١٠ .

(٤) المرجع السابق ص ٢٢٢ .

صريحاً لا احتمال في دلالة بوجه ، لفوات قطعيتها من أحد طرفيه : إما متنه وإما سنده .

ولقد قدم هؤلاء الكتاب دليلاً على دعواهم أن مالك يقدم رعاية المصلحة على النص ، من فسر منهم هذا التقديم بأنه تخصيص وإخراج لبعض مدلول النص ، ومن جعله شاملاً لرفع جميع مدلول النص أو مخالفة الحكم المجمع عليه - قدموا فتاوى نسبوا القول بها إلى إمام دار الهجرة ، قالوا إنها فتاوى خصص فيها النص أو رفع بها جميع مدلوله ، بالمصلحة المرسلة .

والواقع أن كل ما قدموا من الفتاوى لا يصلح دليلاً على دعواهم ، فبعض هذه الفتاوى نسبت خطأ إلى مالك رضي الله عنه ، وهو لم يقل بها ولم يروها الثقات عنه ، وذلك كالفتاوى التي نسبت إليه بجواز ضرب المتهم وإكراهه بالتهديد والحبس والقيود على الإقرار .

وبعض هذه الفتاوى وإن كانت نسبتها إليه نسبة صحيحة ، إلا أن سند الفتوى فيها ليس هو المصلحة المرسلة ، وإنما النص ، أو الإجماع ، أو القياس ، أو العرف ، أو استنباط المناط بطريق الاجتهاد .

ومثال الفتاوى التي كان مدرك الفتوى فيها هو النص قتل الزنديق المتستر ، وعدم قبول توبته ، وضرب المتهم على القول بأنه مروي عن مالك ، وعدة من تباعدت حيضتها . فسوف ترى واضحاً أن شيوخ المالكية الذين نسبوا هذا الفتاوى إلى مالك ، ذكروا أن سند الفتوى كان النص مع الكتاب أو السنة ، وإن كانوا يذكرون المصلحة المترتبة على الفتوى مع ذكر السند من النص .

ومثال الفتاوى التي كان سند مالك فيها إجماع أهل المدينة قبول شهادة الصبيان في الجراح ، وعدة من تباعدت حيضتها .

ومثال الفتاوى التى كان سند مالك فيها هو العرف فتواه بعدم إلزام الروجة الشريفة بإرضاع ولدها .

ومثال الفتاوى التى كان دليلها القياس أو المصلحة التى شهد لها الأصل المعين ، الأكل من الغنيمة عند الحاجة ، وجواز قطع الشوك إذا اعترض الحجاج وآذاهم .

ومثال الفتاوى التى كان مبناها على استنباط مناهج الحكم بطريق الاجتهاد جواز التسعير عند الحاجة إليه ، وجواز تلقى الركبان عند كثرة السلع .

وأما الفتاوى التى صحت نسبتها إلى مالك رضى الله عنه ، وكان سند الفتوى فيها هو المصلحة ، فليس فيها فتوى بناء على مصلحة قدمت على النص وذلك لأن بعض النصوص التى ادعوا أنها تخالف المصلحة لا تشمل الواقعة موضوع الفتوى ، وذلك كما فى تضمين الصناع وضرب المتهم ، فلا يقال أن المصلحة على خلاف هذا النص ، وعلى فرض أن الواقعة موضوع الفتوى تدخل تحت الظواهر والعمومات الضعيفة فإن الذى يخص هذه العمومات ، ويؤول تلك الظواهر ليس هو المصلحة المجردة ، وإنما هو النصوص الكثيرة التى تشهد بجلوس هذه المصلحة بالاعتبار ، وقد علمت أن كل مصلحة يأخذ بها مالك فى التشريع مصلحة ملائمة لجلوس تصرفات الشارع ، وأن هذه الملائمة تتحقق بدخول المصلحة تحت أصل شرعى شهدت له النصوص فى الجملة . وبذلك لا يبق فى هذه الفتاوى متعلق لهؤلاء الكتاب فى القول بأن مالك يقدم رعاية المصلحة على النص أو أنه يأخذ بالمصلحة المعارضة للنصوص .

وسوف أعرض لكل فتوى من هذه الفتاوى بالتفصيل ، فأبين مصدرها ومدى صحة نسبتها إلى مالك رضى الله عنه ، ثم أثبت أنها لا تفيد أن مالكاً

يقدم رعاية المصلحة على النص بحال، وقد فصلت القول في هذا اعتقاداً منى أن موضوع علاقة المصلحة بالنص هو أهم مايجب على الباحث أن يوجه إليه من عناية، لما يترتب عليه من النتائج الخطيرة .

وسوف أعرض هذه الفتاوى على الترتيب الآتى :

- ١ - عدم وجوب الإرضاع على الزوجة الشريفة .
- ٢ - تضمين الأجير المشترك .
- ٣ - قبول شهادة الصبيان فى الجراح .
- ٤ - عدة من تباعدت حيضتها بالآشهر .
- ٥ - قتل الزنديق المتستر .
- ٦ - سجن المتهم وضربه .
- ٧ - جواز التسعير عند الحاجة .
- ٨ - جواز تلقى الركبان إذا كثرت السلع .
- ٩ - جواز الأكل من الغنيمة عند الحاجة .
- ١٠ - قطع نبات الحرم الذى يؤذى الحجيج .

الفتوى الأولى : عدم وجوب الإرضاع على الزوجة الشريفة .

يقرر بعض من كتبوا فى المصلحة أن الإمام مالكاً رضى الله عنه أفتى بعدم وجوب الإرضاع على الزوجة الشريفة ، وأن سند مالك فى هذه الفتوى هو المصلحة ، وأنها مصلحة كمالية أو حاجية لا تبلغ مبلغ الضرورة ، هذه المصلحة تتمثل فى المحافظة على جمال الشريفة ، ودفع الأذى الذى يلحقها من تعبير أو أفنة زوج ، وأضاف أن هذه المصلحة على خلاف نص كتاب الله تعالى وذلك قوله سبحانه : « والوالدان يرضعن أولادهن حولين كاملين » ، الذى يدل على وجوب الإرضاع على كل والدة دون استثناء (١) .

(١) انظر فى هذا رسالة تحليل الأحكام ص ٣٦٨ فقد جاء فيها : « وأفتى رضى الله عنه فى الشريفة التى تنضرر بالإرضاع : بأنه لا يجب عليها الإرضاع محافظة على جمالها ، وأن هذا ليس من عادة قومها . فلو فعلت لحقها أذى من تعبير أو أفنة زوج أو غير ذلك . =

وخرج هذا الفريق من ذلك بأن مالكا يقدم رعاية المصلحة على
نصوص الكتاب والسنة .

ولو أن هذه مصلحة ملائمة تدخل تحت أصل شرعي شهدت له النصوص
في الجملة ، لقلنا إن النصوص التي شهدت لجنس المصلحة قد خصصت هذه
الآية ، ولما كان هذه مصلحة غريبة لا تشهد النصوص لجنسها ، فإن الشارع
لم يعتبر مصلحة المحافظة على جمال المرأة في الإخراج من النصوص ، فضلا
عن أن يفرق في ذلك بين المرأة الشريفة والمرأة غير الشريفة ، بل إن
الشريفة إن ذهب جمالها بالإرضاع شفع لها شرفها ، بخلاف غير الشريفة
التي لا تملك ما تحبب به الزوج فيها غير جمالها ، فكانت المصلحة - على
فرض وجود مصلحة تقضى بترك عموم الآية - تقضى بعكس ما يقرره
ذلك البعض ، وهو وجوب الإرضاع على الزوجة الشريفة دون الدنيئة .

والواقع أن ما ذهب إليه ذلك البعض لا يمثل الحقيقة ، ولو في بعض
جوانبها ، أما أن هذه الفتوى قد رويت عن مالك فذلك لا نزاع فيه ، كما
سنرى ، وأما أن سند مالك في هذه الفتوى هو المصلحة المرسلة فهو غير صحيح ،
وعلى فرض صحته ، فإن هذه المصلحة ليست من المصالح الكالية المتعلقة
بالجمال والقبح ، والشرف والدناءة ، والتعير والمدح ، فإن هذه المعاني
لا تؤثر في إسقاط الحقوق وترك الواجبات . ولم يعهد في تصرفات الشرع
شيء من ذلك ، والناس سواسية أمام الله عز وجل في أداء الحقوق ،
والالتزام بالواجبات ، لا يسقط الواجب عن شريفة شرفها ، ولا يزيد

وهذا كما ترى تخصيص لقوله تعالى : « والوالدات يرضعن أولادهن » الآية بمصلحة
كالية أو حاجية لا تصل إلى مرتبة الضرورة ، وراجع المصاحبة في التشريع الإسلامي
للدكتور مصطفى زيد . يقول سيادته : « ولكن نعمة طائفة من فتاوى مالك خصصت النص
بالمصلحة ، كفتواه بعدم وجوب الإرضاع على الزوجة الشريفة التي تنصرب به ، حتى لا يلحقها
أذى من تعير أو أفنة زوج مثلا ، مع أن آية « والوالدات يرضعن أولادهن » صريحة في
وجوب الإرضاع على الوالدات دون استثناء » .

من الحقوق التي تثقل كاهل الفقيرة فقرها . بل الأمر متعلق بتنظيم العلاقة المالية بين الزوج وزوجته ، فإذا بين العقد هذه الحقوق اتبعت ، لأن العقد شريعة المتعاقدين ، وإن لم ينظما ذلك في العقد كان العرف هو المحكم والمعروف عرفاً كالشروط شرطاً . والعرف في زمن مالك وقبله كان يقضى بأن الإرضاع ، ومعالجة الأطفال والخدمة في المنزل لا يلزم الشريفة ، فإن هي فعلت فلها الأجر على ذلك ، وأما الزوجة الدنيئة فكان العرف يقضى بأنه لا تجب لها أجرة على فعل هذه الواجبات . فحكم مالك هذا العرف ، ولم ينظر قط إلى الجمال والقبح ، والتعيير والألفة في هذه الفتوى .

وعلى فرض أن سند مالك في هذه الفتوى هو المصلحة السكالية المتعلقة بالجمال ، فإن هذه الفتوى ليست على خلاف النص ، ذلك أن الاتفاق قائم بين المفسرين على أن قوله تعالى : « والوالدات يرضعن ... » لا يدل على وجوب الإرضاع على كل والد ، وإن اختلفوا بعد ذلك فيما تدل عليه الآية من معان ، وما يؤخذ منها من أحكام ، ولم يذكر لنا أحد من زعموا أن الآية صريحة في وجوب الإرضاع على الوالدات دون استثناء مصدراً واحداً يمكن للباحث أن يرجع إليه في التعرف على هذا المعنى الذي فهموه من الآية وسترى أني تتبع كل ما أمكنني الوصول إليه من كتب التفسير ، فلم أجد مفسراً واحداً يقول إن الآية صريحة في وجوب الإرضاع على كل والد دون استثناء . بل على العكس من ذلك ، فإن بعض المفسرين يحكي الاتفاق بين العارفين بمعاني القرآن على عدم دلالة الآية على وجوب الإرضاع . هذا هو مجمل ردنا على دعوى هؤلاء الكتاب ، وإليك تفصيل هذا الرد والحجج والأدلة التي نعتمد فيها عليها .

أولاً : إجماع المفسرين على أن آية : « والوالدات يرضعن ... » لا تدل على وجوب الإرضاع على كل والد دون استثناء .

رأينا أن وجه استدلال هؤلاء الكتاب بهذه الآية على أن مالكا يقدم

رعاية المصلحة على النص ، أن فتواه بعدم وجوب الإرضاع على الزوجة الشريفة يخالف هذه الآية . ذلك أن هذه الآية تدل - في نظرهم - على وجوب الإرضاع على كل والددة دون استثناء ، فإذا ثبت أن هذه الآية لادلالة لها على ذلك انهارت دعواهم من أساسها . وأنا أترك المقام لكبار المفسرين يردون عليهم دعوى دلالة الآية على وجوب الإرضاع على الوالدات دون استثناء .

١ - قال الطبري في تفسيره^(١) : « يرضعن أولادهن ، يعني بذلك أنهن أحق بإرضاعهم من غيرهن ، وليس ذلك بإيجاب من الله تعالى ذكره عليهن رضاعهم ، إذا كان المولود له والدآ حياً موسراً ، لأن الله تعالى ذكر في سورة النساء القصص . « وإن تعاسرتم فسترضع له أخرى » ، فأخبر تعالى أن الوالددة والمولود له إذ تعاسرا في الأجرة التي ترضع بها المرأة ولدها ، أن أخرى سواها ترضعه ، فلم يوجب عليها فرض رضاع ولدها . فكان معلوماً بذلك أن قوله : « والوالدات يرضعن ... » دلالة على مبلغ غاية الرضاع التي متى اختلف الوالدان في رضاع المولود بعدها جعل حداً يفصل به بينهما ، لا دلالة على أنه فرض على الوالدات رضاع أولادهن . »

٢ وقال الإمام الرازي في التفسير الكبير^(٢) ، في تفسير الآية : « هذا الأمر ليس أمر إيجاب ، ويدل عليه وجهان : الأول قوله تعالى : « فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن » ، ولو وجب عليها الإرضاع ما استحققت الأجرة . الثاني أنه تعالى قال بعد ذلك « وإن تعاسرتم فسترضع له أخرى » وهذا نص صريح . . . إذا ثبت أن الإرضاع غير واجب على الأم ، فهذا الأمر محمول على الندب من حيث إن تربية الطفل بلبن الأم أصلح له من سائر الألبان . . . هذا إذا لم يبلغ الحال في الولد إلى حد الاضطراب بالآ

(١) الطبري ج ٢ ص ٤٩٠ .

(٢) ج ٢ ص ٢٦٣ .

يوجد غير الأم أو لا يرضع الطفل إلا منها ، فواجب عليها عند ذلك أن ترضعه كما يجب على كل أحد مواساة المضطر في الطعام .

٣ - وقال ابن كثير في تفسير القرآن العظيم^(١) ، عند تفسير الآية : « هذا إرشاد من الله تعالى للوالدات أن يرضعن أولادهن كال الرضاعة وهي سنتان . »

٤ - وقال القنوجي في تفسيره فتح البيان^(٢) ، عند تفسير الآية : « والآية تدل على وجوب الإرضاع على الأم لولدها ، وقد حمل ذلك على ما إذا لم يقبل الرضيع غيرها . »

٥ - وقال الجصاص في أحكام القرآن^(٣) عند تفسير الآية : « لاخلاف في أنه لم يرد به الخبر ... لم يخل من أن يكون المراد بإيجاب الرضاع على الأم وأمرها به . . وأن يريد به إثبات حق الرضاع للأم وإن أبي الأب ، أو تقدير ما يلزم الأب من نفقة الرضاع . فلما قال في آية أخرى « فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن » ، وقال تعالى : « وإن تعاسرتم فسترضع له أخرى » ، دل ذلك على أنه ليس المراد الرضاع شأت الأم أم أبت ، وأنها بخيرة في أن ترضع أو لا ترضع فلم يبق إلا الوجهان الآخران ، وهو أن الأب إذ أبي استرضاع الأم أجبر عليه ، وأن أكثر ما يلزمه من نفقة الرضاع للحولين ... « يرضعن أولادهن » ليس فيه إيجاب الرضاع عليها وإنما جعل به الرضاع حقاً لها لأنه لا خلاف أنها تجبر على الرضاع إذا أبت وكان الأب حياً . »

٦ - وقال ابن العربي في أحكام القرآن^(٤) عند تفسير الآية : « اختلف الناس هل هو حق لها ، أم هو حق عليها ، واللفظ محتمل ، لأنه لو أراد

(١) ج ١ ص ٢٨٣

(٢) ج ١ ص ٣٠٢

(٣) ج ١ ص ٤٧٧

(٤) ج ١ ص ٢٠٤

التصريح بقوله عليها لقال: «وعلى الوالدات إرضاع أولادهن حولين كاملين»، كما قال تعالى: «وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف»، قلنا هو عليها في حال الزوجية، وهو عليها إذا لم يقبل غيرها، وهو عليها إذا عدم الأب لاختصاصها به، ولما لك في الشريفة رأى خصص به الآية فقال إنها لا ترضع إذا كانت شريفة وهذا من باب المصلحة.

٧ - وقال ابن حيان في تفسيره البحر المحيط^(١): «في قوله تعالى والوالدات يرضعن، صورته خبر محتمل أن يكون معناه خبراً، أى في حكم الله تعالى الذى شرعه، فالوالدات أحق برضاع أولادهن... ويحتمل أن يكون معناه الأمر.. لكنه أمر ندب لا إيجاب، إذ لو كان واجباً لما استحق الأجرة، وقال تعالى «وإن تعاسرتم فسترضعن له أخرى»، فوجوب الإرضاع إنما هو على الأب لا على الأم، وعليه أن يتخذ له ظئراً إلا إذا تطوعت الأم بإرضاعه، وهى مندوبة إلى ذلك ولا تجبر عليه، فإذا لم يقبل غيرها أو لم يوجد له ظئر وعجز الأب عن الاستئجار وجب عليها إرضاعه. فعلى هذا يكون الأمر للوجوب في بعض الوالدات... ومذهب مالك أنه - أى الإرضاع - حق على الزوجة لأنه كالشرط إلا أن تكون شريفة ذات نسب فغيرها ألا ترضع..»

وعلى هذا فالذى يؤخذ من كلام المفسرين أمور:

١ - أن الآية لا تدل على وجوب الإرضاع على الوالدات مطلقاً، وقد ظهر لك أن هذا محل اتفاق بين المفسرين، بل إن بعض هؤلاء المفسرين يحكى هذا الاتفاق. يقول الجصاص: ليس فيه - النص - إيجاب الرضاع عليها، وإنما جعل به الرضاع حقاً لها، لأنه لا خلاف أنها لا تجبر على الرضاع إذا أبت وكان الأب حياً.

٢ — أن المفسرين ، بعد اتفاقهم على عدم دلالة الآية على وجوب الإرضاع على الأم — اختلفوا فيما تدل عليه الآية .

فالبعض يرى أن الآية تدل على أن الرضاع حق للأم ، وليس للأب أن يمنعها منه بدفع الطفل إلى أخرى . والبعض يرى أن الآية دالة على مبلغ غاية الرضاع التي متى اختلف الوالدان في رضاع المولود بعدها جعل حداً يفصل به بينهما . وهناك فريق ثالث يرى أن في الآية أمراً للوالدات بإرضاع أولادهن ، ولكنهم بعد أن اتفقوا على أن الأمر فيها لا يدل على كل والدة ، اختلفوا فيما يدل عليه . فالبعض يرى أن الأمر في الآية يفيد الندب والاستحباب ، أو الإرشاد للوالدات أن يرضعن أولادهن ، لأن ابن الأم أصلح للطفل من لبن غيرها ، والبعض الآخر يرى أن الأمر محمول على الوجوب في حالة الضرورة .

يقول القنوجي : « والآية تدل على وجوب الإرضاع على الأم لولدها ، وقد حمل ذلك على ما إذا لم يقبل الرضيع غيرها » . ويقول ابن حبان : « فإذا لم يقبل غير ثديها ، أو لم يوجد له ظئر وجب عليها إرضاعه ، وعلى هذا يكون الأمر للوجوب في بعض الحالات ، وهذا لا يخالف فيه مالك رضى الله عنه ، فهو يقول بوجوب الإرضاع على الوالدة في حالة الضرورة لا فرق بين شريفة وخسيصة . وفي هذا يقول صاحب كفاية الطالب الرباني رسالة أبي زيد القيرواني^(١) : « والمرأة ترضع ولدها في العصمة ، إلا أن يكون مثلها لا ترضع لعلو قدرها ، فإنه لا يلزمها إرضاع ولدها إلا إذا لم يقبل الصبي غيرها فإنه يلزمها إرضاعه ، أو يقبل غيرها إلا أن الأب فقير أو ميت والولد فقير ، » .

ثانياً : العرف هو سند فتوى مالك بعدم إلزام الزوجة الشريفة بالإرضاع :

إذا لم تكن الآية دالة على وجوب الإرضاع فما سند مالك في القول بوجوبه على الزوجة الدنيئة دون أجر بخلاف الشريفة ؟ إن سند ذلك عنده هو العرف الذي يحدد حقوق كل من الزوجين فيما لا نص فيه من هذه الحقوق . فقد جرى العرف في زمن مالك على أن الزوجة والمعتدة من طلاق رجعي تستحق النفقة في مقابل التكليف مع القيام بالخدمة وإرضاع الولد ، وذلك إذا لم تكن الزوجة شريفة لا يقوم بالخدمة والإرضاع مثلها ، ومالك طبق هذا العرف على مسألة الإرضاع لما كانت الآية لا تنص عليه ، فقال إن الدنيئة ترضع دون أجر ، أو تؤجر غيرها لذلك ، والشريفة لا تجبر على الإرضاع دون أجر ، وإن تطوعت كان لها الأجر ، فالمسألة إذن تتعلق بالأجر ولا تتعلق بمصلحة كإلية أو غير كإلية قدمت على النص . واسمع إلى المفسرين والمالكية أنفسهم يصرحون بأن أساس هذا الحكم هو العرف لعدم النص على الحكم :

١ - يقول ابن حيان في البحر المحیط (١) : « ومذهب مالك أنه - أى الإرضاع - حق على الزوجة لأنه كالشرط إلا أن تكون شريفة ذات نسب فعرفها ألا ترضع ، . ومعنى هذا أن وجوب الرضاع على الزوجة العادية دون الشريفة هو العرف ، وأن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً في عقد الزواج ، ولذلك لم تلزم به الشريفة لأن عرفها ألا ترضع .

٢ - ويقول صاحب كفاية الطالب الربانى رسالة أبى زيد القيروانى : « والمرأة ترضع أى يجب عليها أن ترضع ، إذا كانت فى العصمة أى عصمة أبيه ، أو كانت مطلقة طلاقاً رجعياً وهى فى العدة وليس لها أجر فى نظير

ذلك ، لأن عرف المسلمين على توالى الأعصار فى سائر الأمصار جار على أن الأمهات يرضعن أولادهن من غير طلب أجرة على ذلك ،^(١) .

٣ - ويقول ابن رشد الحفيد فى بداية المجتهد^(٢) : « وأما من فرق بين الدنيئة والشريفة فاعتبر فى ذلك العرف والعادة » .

٤ - ويقول ابن رشد الجد فى المقدمات الممهديات^(٣) : « ويستحب للأم أن ترضع ولدها ، فإنه روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « ليس ابن يرضع به الصبي أعظم بركة عليه من ابن أمه » .

فكلام ابن رشد يشير إلى أمرين : أولهما : أن إرضاع الأم ولدها ليس واجباً عليها بل هو مستحب ، ولو كانت الآية تفيد الوجوب لما صرح بالاستحباب . وثانيهما : أنه استدل بالسنة على استحباب الإرضاع ، وهذا يفيد أنه لا يرى الآية دالة على استحباب الإرضاع وإنما على أمر آخر مما سبق الإشارة إليه . وبذلك يثبت أن سند مالك فى إيجاب الإرضاع على من فى العصمة إذا لم تكن شريفة هو العرف وما جرت عليه عادة الناس .

ومن كل الذى قدمناه يتبين أن فتوى مالك بعدم وجوب الإرضاع على الشريفة ليس من باب المصلحة المرسله رأياً . فضلاً عن أن تكون مصلحة عارضت نص السكتاب وقدمت عليه . ذلك أن سند هذه الفتوى كما سبق هو العرف الذى يحدد حقوق وواجبات كل من الزوجين مما لا نص فيه ، وذلك تماماً كما فى فتوى مالك بأن المرأة الشريفة يجب لها الخادم ما دام أن مثلها يخدم فى بيت أبيها ، فكذلك لا يجب عليها الإرضاع لأنه نوع من الخدمة ولذلك يشير كلام مالك إلى ذلك فى المدونة حيث يقول :

(١) الطالب الربانى لرسالة أبى زيد القيروانى ج ٢ ص ١٠٢ ، أبو الحسن ج ٢ ص ٩١ ،

شرح الحرشى ج ٤ ص ٢٠٦ .

(٢) بداية المجتهد لابن رشد الحفيد ج ٢ ص ٤٦ .

(٣) المقدمات الممهديات لابن رشد الجد ج ٢ ص ٥٤ .

« قال : وسألت مالكا عن المرأة ذات الزوج أيلزمها رضاع ابنها ؟
(قال) نعم يلزمها إرضاع ابنها على ما أحبت أو كرهت إلا أن تكون ممن
لا تكلف ذلك ، قال : فقلت لمالك : ومن التي لا تكلف ذلك ؟ قال : المرأة
ذات الشرف واليسار الكثير التي ليس مثلها ترضع وتعالج الصبيان فأرى
ذلك على أبيه ، وإن كان لها ابن . »

فقوله : « إلا أن تكون ممن لا تكلف ذلك » ثم تفسيره بالمرأة ذات
الشرف واليسار الكثير التي ليس مثلها ترضع وتعالج الصبيان يفيد أن
مستنده العرف في ذلك ، فإذا كان العرف يقضى بأن مثلها لا تكلف ذلك
فلا تلزم به ، أما إذا كان العرف يقضى بأن مثلها يكلف ذلك فإنه يجب عليها .

ثالثاً : موضوع فتوى مالك تنظيم الحقوق المالية بين الزوجين ولا دخل
فيها للجمال والأنفة .

ويجب أن يفهم أن المسألة لا تتعلق بالرضاع نفسه ، حتى يقال إن
السبب في عدم وجوبه على الشريفة هي مصلحة كإلية من الجمال وغيره ،
بل المسألة تتعلق بحقوق مالية للزوجين ينظمها العرف إذا لم تدل عليها
النصوص ، ولم يقع الاشتراط عليها في العقد ، ولذلك يصرح الفقهاء
بالمالكية بأن معنى وجوب الإرضاع على الدنيئة أنها إما أن ترضع بنفسها ،
وإما أن تدفع أجرة الرضاع مادام العرف يقضى بأن نفقتها على الزوج في
مقابل التمكين والإرضاع ، والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً ، وأن
الزوجة الشريفة إذا أرضعت استحققت الأجر ، وهكذا نجد أن النزاع
حول الأجر لا حول الإرضاع الذي يفوت جمال الشريفة دون الخسيصة .

رابعاً : الرد على ظاهر عبارة ابن العربي في أن مالكا خص آية الإرضاع
بالمصلحة :

بقي أن نقول إن ابن العربي صرح بأن « لمالك في الشريفة رأى

خصص به الآية فقال إنها لا ترضع إذا كانت شريفة » ، ثم قال : « وهذا من باب المصلحة » .

وعبارته هذه تفيد أن مالكا يخصص النص بالرأى والمصلحة المجردة .

والواقع أن هذا خطأ وتناقض من ابن العربي وتقوّل على مالك رضى الله عنه بما لم يقله ، وما كان لمالك وهو الذى قال عنه الشاطبي : « إنه رضى لنفسه فى فقهه بالاتباع ، بحيث يخيل لبعض أنه مقلد لمن قبله » ، وأن أحمد ابن حنبل قال فيه : « إذا رأيت الرجل يبغض مالكا فاعلم أنه مبتدع » ، وهذه غاية فى الشهادة بالاتباع^(١) . ما كان له أن يترك آية فى كتاب الله تعالى لرأى رآه أو مصلحة تخيلها معارضة لنص القرآن كما يقول ابن العربي .

ولم يبين لنا ابن العربي ، ولا من نهج نهجه من الكتّاب المعاصرين أين وجد مالكا يقول بأن رأيه فى الشريفة يخصص النص ؟ إذ أن مالكا لم يقل ذلك فى شيء من كتبه ، وإنما رويت عنه هذه الفتوى مجردة عن السند ، فظن ابن العربي ومن سار فى طريقه أن مالكا خصص الآية بالرأى ، والسبب فى نسبة هذا وأمثاله إلى مالك أن فتاواه رويت عنه دون بيان السند الذى استند إليه مالك فيها ، فى كثير من الحالات . فخير لابن العربي أن بعض هذه الفتاوى تخصيص للنص بالمصلحة . والواقع كما سنرى أنه ليست هناك فتوى لمالك فيها عمل بالرأى المجرد فى مقابلة كتاب أو سنة قط .

ومن الغريب أن ابن العربي بعد أن يبين أن الآية ليست نصاً فى وجوب الإرضاع على الأم ، بل هى محتملة ، وأن الله عز وجل لو أراد التصريح بالوجوب لقال : « وعلى الوالدات » ، كما قال « وعلى المولود له رزقهن » ، بعد أن يبين ذلك يقول : « إن لمالك رأياً خصص به الآية ، ولا أدرى كيف يقول ذلك مع أن مالكا لم يقل به فى شيء من كتبه أولاً ؟ ، وثانياً إذا

كانت الفتوى قد رويت عنه دون سند فلم اختار بن العربي القول بأنها رأى
خصص النص ولم يقل أنها فتوى سندها العرف مادام النص لا يدل على
الوجوب كما فعل غيره من المالكية كابن رشد ، وغيره ؟

الفتوى الثانية :

قال بعض الكاتبيين في المصلحة إن مالكا أفتى بتضمين الأجير المشترك
وأن هذه الفتوى كان سندها المصلحة المرسل ، وأن هذه المصلحة جاءت
على خلاف الدليل . وخرجوا من ذلك بأن مذهب مالك تقديم رعاية
على المصلحة الأدلة الشرعية (١) .

والغريب أن أحدا من هؤلاء الكاتبيين لم يذكر لنا الدليل الذي خالفه
مالك بفتواه في تضمين الصناع ، واكتفوا بترديد عبارة الشاطبي « إن
الأجراء مؤتمنون بالدليل لا بالبراءة الأصلية » ، مع أنه من البدهيات أن
من يدعى أن فتوى معينة جاءت على خلاف الدليل يلزمه إبداء هذا الدليل
ونوعه لينظر فيه المخالف ، ويرى ما إذا كان هناك تخالف بينه وبين المصلحة
أم لا ، إذ التخالف لا يتحقق إلا إذا كان الدليل بثبت في الواقعة حكما يناقض
الحكم الذي تقتضيه المصلحة ، وهل هذا الدليل نص أو إجماع أو قياس
أو غيرها ، وهل هو دليل من أدلة مشروعية الأحكام ، أم من أدلة وقوعها
وثبوتها وتحقيق مناطها (٢) .

(١) راجع رسالة تعليل الأحكام ص ٣٦٨ يقول مؤلفها عند عرض الفتاوى التي كان سند
الفتوى فيها هو المصلحة المخالفة للنصوص والأدلة الشرعية : « ومن ذلك تضمين الأجير المشترك ،
وإن لم يكن صانعا . فهو من اعتبار المصلحة في مقابلة الدليل كما يقول الشاطبي : إن الأجراء
مؤتمنون بالدليل لا بالبراءة الأصلية . وراجع رسالة المصلحة في التشرع الإسلامي ص ٥٣
يقول مؤلفها عند سرد فتاوى مالك التي خالفت فيها النصوص بالمصلحة : « وفتواه بتضمين
الأجير المشترك وإن لم يكن صانعا ، إذ الإجراء مؤتمنون بالدليل لا بالبراءة الأصلية » .

(٢) راجع شرح تنقيح الفصول للقرافي المالكي ص ١٩٨ . فقد قسم الأدلة قسمين فقال :
« أدلة الأحكام على قسمين : أدلة مشروعية ، وأدلة وقوعها ، فأما أدلة مشروعية فتسعة عشر
بالاستقراء ، وأما أدلة وقوعها فلا يحصرها عدد » .

والحق أن الفتوى بتضمين الصانع لا تخاف دليلاً شرعياً، نصاً أو إجماعاً أو قياساً، وإنما هي تحقيق مناط حكم شرعى ثابت بالنص، فهمى تطبيق للنص وليست خروجاً عليه، ولا استثناء منه، كما فهم ذلك البعض. وحاصل الأمر أن أمام المجتهد فيما يتعلق بهذه الفتوى نصان: أحدهما فى حكم الضمان وهو قوله تعالى: «فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم»، ومقتضاه أن مناط ضمان شخص مال غيره هو العدوان على هذا المال، وثانى النصين يتعلق بالإثبات، وهو قول الرسول عليه السلام «البينة على المدعى واليمين على من أنكر»، ومقتضاه أن من يدعى هلاك مال الغير دون تعد فعلية البينة إن كان فى مركز المدعى، وليس عليه إلا اليمين إن كان فى مركز المدعى عليه. وأما متى يعتبر الصانع مدعياً، ومتى يعتبر مدعى عليه، فذلك يرجع إلى تفسير المراد بالمدعى والمدعى عليه، وتحقيق مناطه فى النوازل المختلفة. فإذا قلنا إن من يدعى خلاف الظاهر الغالب الذى جرت به العادة يعد مدعياً كان الصانع — عند غلبة الخيانة على طائفة الصانع — مدعياً وعليه إقامة البينة على عدم التعدى أو التقصير، لأنه يدعى خلاف الغالب الظاهر من حال طبقة الصانع. وعلى العكس من ذلك، فإذا كان الغالب على طبقة الصانع الأمانة، كان الصانع مدعياً ما يشهد له الظاهر الغالب، فهو إذن مدعى عليه، فلا يلزم — عند دعواه التلف أو الهلاك — إلا باليمين، وعلى صاحب السلعة الذى يدعى خلاف الظاهر أن يقيم الدليل على أن الهلاك كان بتعد أو تقصير من الصانع، لأنه مدع بهذا المعنى. وسواء أفتينا بتضمين الصانع أو عدم تضمينهم. فإننا لا نخاف نصاً ولا نقدم مصلحة عليه، بل نطبق النصين على أكمل وجه وأتمه، كما سنرى ذلك مفصلاً بعد.

وعلى فرض أن الفتوى بتضمين الصانع ليست إعمالاً للنصوص، وإنما هي فتوى بناء على المصلحة التى قدمت على مقتضى النص، فإن المصلحة

في التضمنين ليست مصلحة مجردة ، بل مصلحة تشهد لها النصوص الشرعية ، فهذه المصلحة عند القائلين بها مصلحة معتبرة يشهد لها الأصل المعين ، ذلك الأصل هو الرهن والغارية ، كما نص عليه صاحب المنتقى في شرح موطأ مالك ، ونبه عليه الإمام الشافعي في الأم . وفوق ذلك ، فلقد سبق أن أقننا الأدلة على أن تضمنين الصناع مصلحة تدخل تحت جنس اعتباره الشارع ، لا بدليل واحد . ولا بنص معين . وإنما بجملة نصوص ومجموع أدلة تفوق الحصر وتفيد القطع . وهذا الجنس هو تقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة في كل نازلة لانص فيها بعينها إذا كانت مناطاً لها تين المصلحتين . وسواء كانت هذه المصلحة من المصالح الداخلة في القياس أو المصالح الملازمة فإن الذي خصص الدليل — على فرض وجود دليل على خلاف هذه المصلحة — هو النص المعين الذي شهد لعين المصلحة أو النصوص الكثيرة التي شهدت لجنسها . وليس فيه تقديم لمصلحة مجردة يراها مالك أولى بالرعاية والتقديم على الأدلة الشرعية .

هذا هو بحمل ردنا على هؤلاء الكتاب ، وإليك هذا الرد والحجج التي نستند إليها فيه على وجه التفصيل . ويحسن بنا قبل الاستطراد في هذا أن نذكر حقيقة مذاهب الفقهاء في تضمنين الصناع .

أولاً — مذاهب العلماء في تضمنين الصناع :

هناك اتجاهات ثلاثة في الفقه الإسلامي في تضمنين الصناع :

الاتجاه الأول : أن الصناع لا يضمن إلا إذا أثبت صاحب السلعة تقصير الصناع أو تعديه ، ومعنى هذا أن يد الصناع يد أمانة ، والأمين لا يضمن إلا بالتعدي ، ولا يظهر التعدي إلا إذا قامت البينة عليه ، فإذا لم يقر رب السلعة البينة على خطأ الصناع أو تقصيره كان الصناع غير ضامن مالدعى ضياعه أو هلاكه ، وقد قال بذلك الشافعي وأبو حنيفة رضي الله عنهما .

فقد جاء في الأم^(١)، قال الشافعي رحمه الله تعالى : « وثابت عن عطاء أنه قال لا ضمان على صانع ولا على أجير ، فأما ما جنت أيدي الأجرام والصناع فلا مسألة فيه ، وهم ضامنون كما يضمن المستودع ما جنت يده والجناية لا تبطل عن أحد ، وكذلك لو تعدوا ضمانوا ، قال الربيع : « الذي يذهب إليه الشافعي فيما رأيته أنه لا ضمان على الصناع إلا ما جنت أيديهم ولم يكن ييوح بذلك خوفاً من الصناع » .

وجاء في الأم أيضاً^(٢) : « ولو أن الثوب ضاع عند الخياط ولم يختلف رب الثوب والخياط في عمله ، فإن أبا حنيفة قال لا ضمان عليه ولا على القصار والصباغ وما أشبه ذلك من العمال إلا فيما جنت أيديهم » .

وجاء في مجمع الضمانات^(٣) . « الأجير المشترك هو الذي يستحق الأجرة بالعمل لا بتسليم النفس ، كالقصار والصباغ فله أن يعمل للعمامة . . . والمتاع أمانة في يده إن هلك بغير عمله لم يضمن ولا أجر له عند أبي حنيفة . وله أن العين أمانة في يده لأن القبض بإذنه والحفظ مستحق عليه تبعاً لا مقصوداً ولهذا لا يقابله الأجر » .

وفي مشتمل الهداية : « لو قال الأجير المشترك سرق أو هلك صدق مع حلفه عنده لأن يده يد أمانة عنده . . . نقله صاحب مجمع الضمانات ، (٤) . فالذي يؤخذ من هذه النصوص أن يدالصانع والأجير المشترك يد أمانة وأنه لا يضمن دون إثبات التعدي أو التقصير ، أو الخطأ في العمل الذي كلف به .

الاتجاه الثاني . أن الصناع أو الأجير المشترك ضامن لما تسلمه من السلع ، وأن هناك قرينة قاطعة لا تقبل إثبات العكس على أن كل ما ضاع أو هلك

(١) الأم ج ٧ ص ٨٨ .

(٢) الأم ج ٧ ص ٨٧ .

(٣) مجمع الضمانات ص ٢٧ .

(٤) المرجع السابق ص ٢٧ .

فهو بتقصيره ، فلا يسمح له والحال كذلك بإثبات أن التلف أو الهلاك أو الضياع لم يكن بسبب من جانبه وإنما كان بسبب لا يد له فيه كاحتراق بيته وغير ذلك .

وقد قال بذلك شريح وابن أبي ليلى ، فقد جاء في الأم^(١) : « وقد ذهب إلى تضمين القصار شريح فضمن قصاراً احترق بيته ، فقال تضمنني وقد احترق بيتي ؟ فقال شريح . أرأيت لو احترق بيته كنت تترك له أجر تك ؟ قال الشافعي رحمه الله تعالى : أخبرنا عنه ابن عيينة بهذا . »

الانجاء الثالث : أن الصانع لو ادعى الهلاك أو السرقة أو غير ذلك فإنه يضمن حتى يقيم الدليل على أن هذا الهلاك لم يكن بسبب من ناحيته . ومعنى هذا أن هناك قرينة في صالح رب السلعة أن كل هلاك إنما هو بتقصير من الصانع ، إلا أن هذه القرينة يمكن إثبات عكسها ، وذلك إذا أثبت الصانع السبب الأجنبي أو الحادث الذي لا يد له فيه ، والذي أدى إلى الهلاك أو الضياع . وقد قال بذلك أبو يوسف ومحمد أصحاب أبي حنيفة رضي الله عنه . وهو مذهب المالكية . فقد جاء في الأم « قال أبو يوسف هم - أي الصانع - ضامنون إلا أن يجيء شيء غالب »^(٢) .

وجاء في مجمع الضمانات^(٣) « وعندهما : إذا هلك بسبب لا يمكن الاحتراز عنه كالعدو المكابر والحريق الغالب لا يضمن ، لهما : أن الحفظ مستحق عليه إذ لا يمكنه العمل بدونه ، فإذا هلك بسبب يمكن الاحتراز عنه كان التقصير من جهته . »

وجاء فيه^(٤) : « وعندهما يضمن لأن يده يد ضمان عندهما فلا يصدق بلا برهان . »

(١) الأم ج ٧ ص ٨٧ .

(٢) الأم ج ٧ ص ٨٧ .

(٣) مجمع الضمانات ص ٢٧ .

(٤) المرجع السابق ص ٢٨ .

وجاء في المنتقى شرح الموطأ^(١) ، وضمنهم - أى الصانع - مما أجمع عليه العلماء ، وقال القاضى أبو محمد : إنه إجماع الصحابة ، وقال على بن أبى طالب رضى الله عنه لا يصلح الناس إلا ذاك . قال مالك فى المدونة والموازية وغيرهما : وذلك لمصلحة الناس ، إذ لا غنى بالناس عنهم ، كما نهى عن تلقى السلع وبيع الحاضر للبادى للمصلحة . وما أدركت العلماء إلا وهم يضمنون الصانع ، قال القاضى أبو محمد لأن ذلك تتعلق به مصلحة ونظر للصانع وأرباب السلع وفى تركه ذريعة إلى إتلاف الأموال ، وذلك أن بالناس ضرورة إلى الصانع لأنه ليس كل أحد يحسن أن يخطط ثوبه أو يقصره أو يطرزه أو يصبغه ، فلو قلنا القول قول الصانع فى ضياع الأموال لتسرعوا إلى دعوى ذلك وللعق أرباب السلع ضرراً لأنهم بين أمرين : إما أن يدفعوا إليهم المتاع فلا يؤمن منهم ما ذكرناه ، أو لا يدفعون فيضر بهم . ودليلنا من جهة المعنى أنه قبض العين لمصلحة نفسه من غير استحقاق للأخذ بعقد متقدم فلم يقبل قوله فى تلفها كالرهن والعارية .

وجاء فيه أيضاً^(٢) ، وإذا ادعى الصانع بعد ذهاب المتاع ببينة أنه سرق لم يصدق فى ذهاب المتاع ، وكذلك لو احترق بيته ورثى ثوب الرجل يحترق فيه ، روى محمد عن مالك : هو ضامن حتى يعلم أن النار من غير سببه ، أو سيل يأتى أو ينهدم البيت فهذا وشبهه يسقط فيه الضمان . . . وقال مالك فى قرض الفأر وادعى صاحب الثوب بتعدى الصانع وتضييعه : الصانع مصدق والتعدى لا يلزم بدعوى صاحب المتاع .

والذى يؤخذ من هذا : أن مالكا وأبا يوسف ومحمداً يرون أن هناك قرينة فى صالح رب السلعة أن كل ضياع أو تلف إنما هو بتقصير من الصانع ،

(١) المنتقى شرح الموطأ ج ٦ ص ٧١ .

(٢) المرجع السابق ج ٦ ص ٧٣ .

ولا يلزم رب السلعة بإقامة البينة على تعد أو تقصير ، بل يستحق التعويض بمجرد إثبات الهلاك أو الضياع ، إلا أن هذه القرينة قرينة بسيطة ، بمعنى أن الصانع يستطيع أن يثبت أن الهلاك كان بسبب أجنبي لا يدل له فيه كحريق أو هدم أو سيل أو سوس أو قرض فأر لا يدل له فيه ، فعند ذلك يبرأ من الضمان .

فالفرق إذن بين الاتجاهات الثلاثة هو أنه في حالة دعوى الصانع الهلاك أو الضياع ، فالشافعي وأبو حنيفة يقولان : القول قوله حتى يثبت رب السلعة التعدى أو التقصير ، فالقرينة قائمة لصالح الصانع أن كل ما هلك فهو بدون تقصير منه حتى يثبت رب السلعة العكس . وأما مالك والصاحبان فالقرينة في صالح رب السلعة حتى يقيم الصانع الدليل على العكس فتنتقض هذه القرينة ، وأما ابن أبي ليلى وشريح فيريان أن الصانع ضامن ، وأن ضمانه هذا لا يستند إلى تعد أو تقصير ، بل إلى مجرد أنه تسلم سلعة ليعمل فيها بالآجر ، فالتبعة عليه ، عملاً بقاعدة الغنم بالغرم ، ذلك أنه تسلم السلعة لمصلحة نفسه لأنه يستحق الآجر ، فأشبه المستعير الذي يتسلم السلعة للاستفادة منها ، فيضمنها ولو لم يتعد ولم يقصر .

ثانياً — إثبات أن تضمين الصانع تطبيق للنصوص الشرعية :

لقد عرضنا اجتهاد الأئمة في مسألة تضمين الصانع . والذي نريد أن نعرفه الآن هو سند هذا الاجتهاد وعلاقته بالنصوص الشرعية في هذا الخصوص .

إن أساس هذا الاجتهاد هو تحقيق مناط الحديث الذي يقرر القاعدة القضائية المشهورة ، في قول الرسول عليه الصلاة والسلام « البينة على المدعى واليمين على من أنكر » ، فقد اتفق المجتهدون على أن المدعى يطالب بالبينة على دعواه ، وأنه ليس على المدعى عليه المنكر إلا اليمين . ثم اختلفوا

فى تحقيق مناط هذا النص فى الوقائع والجزئيات ، وذلك بسبب اختلافهم فى معنى المدعى الوارد فى الحديث ، ثم تحقيق هذا المعنى فى بعض الوقائع ، ومنها مسألة تضمين الصانع ، فمن قال إن رب السلعة يعد مدعياً ، قال إنه لا ضمان على الصانع إلا أن يقيم رب السلعة البينة على دعواه أن الصانع قصر أو اعتدى ، ومن قال إن الصانع هو المدعى لأنه يدعى اهلاك ، قال إنه يلزمه إقامة البرهان على دعواه التلف والهلاك ، فإذا لم يأت بالبينة فهو ضامن .

وأما من قال هو ضامن وإن أقام البينة على الهلاك فقد قال إن الصانع مدع ، ولكنه لم يسمح له بإقامة الدليل على الهلاك إقامة لمظنة الشيء . مقام نفس الشيء ، واعتباره المظنة وإن تخلفت المظنة فى بعض الصور النادرة ، ذلك أنه نظر فوجد أن الغالب على الصانع التقصير والخيانة ، بعد فساد النفوس وضعف سلطان الدين على قلوب الناس ، فقال بالتضمنين فى جميع الحالات سداً لذريعة الدعاوى الباطلة ، وإن كان هذا يؤدى إلى تضمنين للبرىء أحياناً ، إلا أن ذلك من قبيل النادر فلم يلتفت إليه جرياً على عادة الشرع ، فقد جعل السفر مناط الرخص ، لأنه مظنة المشقة مع التخلف فى الملك المرفه ، وجعل البلوع مناط التكليف لأنه مظنة العقل مع جواز التخلف ، وجعل الإيلاج مناطاً لأحكام كثيرة لأنه مظنة الإنزال مع جواز التخلف وهكذا .

وهذا ما يمكن أن يستدل به لابن أبى لىلى وشريح ، لأنهما لم يذكرأ دليلاً لذلك .

وفى بيان أن هذا الاجتهاد من باب تحقيق مناط الحكم المنصوص ، وليس اجتهاداً مخالفاً للنص ولا مخصصاً للدليل يقول الشاطبى رضى الله عنه ، وهو يعدد أنواع الاجتهاد .

« فأما الأول فهو الاجتهاد المتعلق بتحقيق المناط ، وهو الذى لا خلاف

بين الأئمة في قبوله ، ومعناه أن يثبت الحكم بمدركه الشرعى لكن يبقى النظر في تعيين محله .

وقد مثل لذلك بأمثلة عدة فقال : « وذلك أن الشارع إذا قال ، « وأشهدوا ذوى عدل منكم » وثبت عندنا معنى العدالة شرعاً اقتقرنا إلى تعيين من حصلت فيه هذه الصفة » .

ثم قال : « ومن القواعد القضائية البينة على المدعى واليمين على من أنكر ، فالقاضي لا يمكنه الحكم في الواقعة ، بل لا يمكنه توجيه الحجاج ولا طلب الخصوم بما عليهم إلا بعد فهم المدعى من المدعى عليه ، وهو أصل القضاء ، ولا يتعين ذلك إلا بنظر واجتهاد ، ورد الدعاوى إلى الأدلة ، وهو تحقيق المناط بعينه » (١) .

وقال ابن فرحون في تبصرة الحكام : « إن علم القضاء يدور على معرفة المدعى من المدعى عليه ، لأنه أصل مشكل ، وأنهم لم يختلفوا في حكم كل منهما ولكن الكلام في تمايزهما ، ولهم في تحديدتهما عبارات كثيرة . منها أن الأول من إذا ترك الخصومة ترك ، أو من يستند قوله إلى مصدق ، أو من لا يكون قوله على وفق أصل أو عرف ، والثاني ما ليس كذلك . غير أن الأنظار تضطرب ، لتعارض الأحوال من عرف أو غالب أو أصل وهكذا ، (٢) .

وعلى هذا الأساس نقول : إن الصانع كانوا أمناه في العصر السابق على الإمام مالك رضى الله عنه . فكان الغالب إذن يشهد لهم ، فإذا أخبر أحدهم عن هلاك السلعة أو ضياعها كان الغالب يشهد له ، فكان مدعى عليه ، وكان رب السلعة في دعواه أن الهلاك بتقصير الصانع ، مدع خلاف الغالب الظاهر فكان مدعياً ، ووجب عليه إقامة البينة على دعواه .

(١) الموافقات ج ٤ ص ٨٩ — ص ٩٣ .

(٢) المرجع السابق ج ٤ ص ٩٢ حاشية .

فلما تغير الزمن وفسدت النفوس ، وضعف ساطان الدين على القلوب ، وكان الغالب على الصانع التعدى والخيانة والتقصير ، كانت دعوى رب السلعة أن الضياع بتعدي الصانع أو تقصيره دعوى يسندها الظاهر ، وكان الصانع إذا ادعى الهلاك دون تعد مدعياً خلاف الغالب الظاهر ، فكان مدعياً ، وحيث إن على المدعى البينة ، كان ضامناً حتى يقيم البينة على أن الهلاك بسبب أجنبي وحادث لا يد له فيه . وكان الاجتهاد فى الحالين اجتهاداً فى تحقيق مناط النص ، وليس قولاً بالمصلحة على خلاف النص ، أو معارضة لنص أو مخالفة لدليل بالمصلحة كما قال بعض الكتّاب .

وأما عبارة الشاطبي فى قوله إن الصانع مؤتمنون بالدليل لا بالبرامة الأصلية فيقصد به دليل تحقيق المناط السابق للقول بضمانهم . ومعنى هذا أن تحقيق مناط الحديث المذكور كان يقضى بأن الأجير مؤتمن يصدق فى دعواه الهلاك ، لأن الظاهر والغالب يشهد له ، فلما تغيرت الأحوال وكان الغالب التقصير والتعدي ، تغير مناط الحكم فتغيرت الفتوى مع بقاء الحكم الكلى الشرعى على حاله .

ولذلك نجد الشافعى يذكر هذه المسألة فى كتابه الأم فى باب ما يجب فيه اليين إشاره إلى تعلقها بتحقيق مناط النص الشرعى ، ومعرفة من هو المدعى عليه الذى يلزمه اليين .

وصاحب المنتقى يقول : « فلو قلنا القول قول الصانع فى ضياع الأموال لتسرعوا إلى دعوى ذلك ويلحق أرباب السلع ضرر » ^(١) فهذا يشير إلى أن الاجتهاد فى المسألة يتعلق بمن يكون القول قوله أهو رب السلعة أم الصانع . وبعبارة أخرى فى تحديد المدعى والمدعى عليه ، ثم يرى أن الصانع مدع لأنه يدعى خلاف الغالب ، لأن الغالب التلف عن تعد أو تقصير ، وهو يقول إن الهلاك بسبب لا يد له فيه .

ويتلخص ماسبق في أن سند الإمام مالك في هذه الفتوى هو حديث: « البينة على المدعى واليمين على من أنكر » ، وأنه لم يقدم المصلحة على هذا النص ، بل أعمل هذا النص وطبقه بكل دقة إذ أداه اجتهاده إلى أن الصانع مدع خلاف الظاهر والغالب فكان مدعياً ، وحيث إن المدعى يلزم بالبينة ، فهو مطالب بالإثبات ، فإذا لم يثبت دعواه السبب الأجنبي ، كان مطالباً بالضمان .

ثالثاً — إثبات أن تضمين الصانع مصلحة شهدت لها الأصول :

بيننا آراء الأئمة في تضمين الصانع ما يتلف في أيديهم من السلع ، وأثبتنا أن اجتهادهم في هذه النازلة كان عملاً بالأدلة الشرعية ، وتحقيقاً لمناظرتها ، وليس تركها بالمصلحة . والذي نريد أن نؤكد الآن هو أنه على فرض أن سند القول بالتضمين هو المصلحة ، وأن هذه المصلحة تعارض نصاً أو دليلاً شرعياً ، وهو ما أثبتنا بطلانه وفساده ، فإن هذه المصلحة ليست مصلحة مجردة ، وإنما هي مصلحة شهدت لها النصوص الشرعية . ولقد أثبت الكتاب من المالكية وغيرهم أن هذه المصلحة مصلحة تدخل تحت جنس تشهد له النصوص الشرعية ، وأن رعاية مصلحة عامة أرباب السلع يرجع إلى الأصل الكلي الذي أخذ من استقراء نصوص الشريعة استقراء يفيد القطع ، ذلك الأصل هو أن المصلحة العامة تقدم على المصلحة الخاصة عند التعارض في الوقائع التي لم ينص فيها بعينها حكم ، وكانت مناهياً لمصلحة عامة ومصلحة خاصة ، لا بد من ترجيح إحدهما على الأخرى .

فإذا فرضنا أن هناك دليلاً شرعياً يعارض هذه المصلحة ، فإن النخصص لهذا الدليل أو المقيد لإطلاقه هو تلك النصوص الشرعية الكثيرة التي أخذت من استقراء ذلك الأصل الكلي ، ودلت على اعتبار الشارع جنس هذه المصلحة ، وبطلت دعوى هؤلاء الكتاب أن مالكا قدم العمل بالمصلحة التي رآها على الدليل الشرعي .

وفوق ذلك فقد قرر الباجي المالكي في المنتقى شرح موطأ مالك أن المصلحة في تضمين الصناع مصلحة شهدت لها الأصول المعينة وبذلك تكون مصلحة يرجع حاصلها إلى باب القياس وهو اقتباس الحكم من معقول النص يقول الباجي^(١):

« ودليلنا من جهة المعنى أنه قبض العين لمنفعة نفسه من غير استحقاق الأخذ بعقد متقدم فلم يقبل قوله في تلفها كالرهن والعارية » .

ويقول الشافعي في الأم^(٢) : « ومن قال هذا — تضمين الصناع — قاسه على العارية فضمن ، وقال إنما ضمن العارية لمنفعة فيها للمستعير ، فهو ضامن لها حتى يؤديها بالسلامة وهي كالسلف » .

الفتوى الثالثة : قبول شهادة الصبيان في الجراح :

ذكر بعض الكتّابين في المصلحة أن الإمام مالكاً رضي الله عنه قد أفتى بقبول شهادة الصبيان فيما بينهم من الجراح ، وأن هذه الفتوى جاءت على خلاف النص ، وخرج من ذلك بأن مالكاً كان يرى تقديم رعاية المصلحة على النصوص الشرعية^(٣) . والنصوص التي يقصدها هؤلاء الكتّاب هي قوله تعالى « واستشهدوا شهيدين من رجالكم » وقوله تعالى « ممن ترضون من الشهداء » وقوله تعالى « وأشهدوا ذوي عدل منكم » .

(١) المنتقى شرح موطأ مالك ج ٦ : ٧١ .

(٢) الأم ج ٦ ص ٨٧ .

(٣) انظر رسالة تعليل الأحكام ، يقول المؤلف ص ٣٦٨ « وقد أجاز رضي الله عنه شهادة الصبيان بعضهم على بعض في الجراح ، ومم أن العدالة شرط في الشهادة ، ومن شروط العدالة البلوغ ، قال ابن رشد في البداية بعد ذلك وإجازة مالك لذلك هو من باب لإجازة قياس المصلحة ، فقد أفتى بذلك في مقابلة النص » .

والحق أن هذه الفتوى ليست معارضة لهذه النصوص ، فلم يثبت مالك بالمصلحة حكماً يناقض ما دل عليه النص . فسوف نرى أن هذه الآيات ليست نصاً في عدم قبول شهادة الصبيان في الجراح ، أما أولاً ، فلأن بعض المفسرين يفسر كلمة « رجالكم » بالأحرار المسلمين ، ويقول : إن عدالة الشاهد والرضا عنه مسألة تتعلق بنظر الحاكم وتختلف باختلاف الظروف والأحوال . ولعل مالكاً كان يرضى عن الصبيان في الشهادة على الجراح ، وأما ثانياً ، فلأن الآية جاءت في مقام الإشهاد على الدين ، وإذا كان الفقهاء قد قاسوا الشهادة في غير الدين على الدين ، فإن مالكاً لم يقس شهادة الصبيان فيما بينهم من الجراح على الدين لفارق مؤثر يمنع من الإلحاق في نظره .

وعلى فرض أن هذه النصوص تدل على عدم قبول شهادة الصبيان مطلقاً ، فإن المخصص لها ليس هو المصلحة المجردة ، وإنما المصلحة الملائمة لجنس تصرفات الشرع والتي تدخل تحت أصل اعتبره الشارع بجملة نصوص وجموع أدلة . هذا الأصل هو أصل حفظ الدماء الذي أخذ من استقرار نصوص الشريعة المفيدة للقطع . ورأى مالك أن قبول شهادة الصبيان في الجراح يرجع إلى هذا الأصل . بل إن المالكية يعتبرون هذه المصلحة من المصالح الضرورية التي يتوقف عليها حفظ النفس وحقق الدماء بين الصبيان . هذا ، وأخيراً فإنه على فرض أن الآيات السابقة تدل على عدم قبول شهادة الصبيان فيما بينهم من الجراح ، وأن هذه الفتوى لا تستند إلى مصلحة ملائمة تشهد النصوص لجنسها ، حتى يقال إن المخصص لهذه الآيات هو النصوص الشاهدة لجنس المصلحة فإن ذلك لا يفيد في أن مالكاً خصص هذه الآيات بالمصلحة المجردة ، وإنما المخصص عنده هو إجماع أهل المدينة الذي يعده مالك بمنزلة الحديث المتواتر ، فقد صرح مالك نفسه بأن سنده في هذه الفتوى هو إجماع أهل المدينة ، وعبر عنه فقال « الأمر مجتمع عليه عندنا » . هذا هو يحمل ردنا على هذه الدعوى ، وإليك تفصيل هذا الرد مع ذكر الأسانيد والأدلة :

أولاً : الآيات ليست نصاً في عدم قبول شهادة الصبيان . رأينا أن دعوى هؤلاء الكتاب أن مالكا قدم المصلحة على النص في فتواه بقبول شهادة الصبيان فيما بينهم من الجراح تعتمد على أن قوله تعالى « واستشهدوا شهيدين من رجالكم » وقوله تعالى « ممن ترضون من الشهداء » يدل على حكم يناقض الحكم الذي قضت به المصلحة . فبينما تقضى المصلحة بقبول شهادة الصبيان فيما بينهم من الجراح ، تدل هذه الآيات على عدم قبول شهادتهم .

ونحن إذا رجعنا إلى كلام المفسرين لوجدنا أن كلمة « رجالكم » إنما جاءت في معرض الاستشهاد على عقد الدين الذي يقوم به الرجال ، وقد قاس الفقهاء على عقد الدين غيره . وبذلك يكون ما اختلف فيه الصبيان من الجراح والقتل الذي يحدث بينهم ولا يطلع عليه الكبار ليس داخلاً في هذه الآية ، إذ هي صريحة في أن شهادة الرجال شرط في المدانة .

١ - يقول ابن العربي في أحكام القرآن^(١) : « وإنما جاءت الآية لبيان حكم حال دين مجرد ومال مفرد فعليه يحمل عموم الشهادة ، وإليه يرجع » .

٢ - وقال ابن كثير^(٢) : « عن مجاهد عن ابن عباس في قوله : « يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم . . . فاكتبوه » الآية ، قال أنزلت في السلم إلى أجل معلوم » .

٣ - ويقول الطبري^(٣) : « وأما قوله من رجالكم فإنه يعني من أحراركم المسلمين دون عبيدكم ، ودون أحراركم الكفار . . . عن مجاهد : واستشهدوا شهيدين من رجالكم قال : الأحرار » .

٤ - وقال ابن العربي في أحكام القرآن : « قوله من رجالكم قال

(١) أحكام القرآن لابن العربي ج ١ ص ٢٤٧ .

(٢) ابن كثير ج ١ ص ٣٣٥ .

(٣) الطبري ج ٦ ص ٦١ .

مجاهد : من الأحرار ، واختاره القاضى أبو إسحاق وأطنب فيه ، وقيل المراد المسلمين . . . والصحيح عندى أن المراد به البالغون من ذكوركم المسلمين ، لأن الطفل لا يقال له رجل وكذا المرأة لا يقال لها رجل .

فأنت ترى من هذا أن المفسرين متفقون على أن الآية جاءت فى الإشهاد على المدائنة ، وأنه وإن كان الفقهاء قاسوا عليها غيرها فإن مالكا لم يقس جراح الصبيان فى ملاعبهم ، لمعنى مؤثر وفارق يمنع من الإلحاق فى نظره ، ذلك المعنى هو أن الرجال لا يشهدون ملاعب الصبيان فيتعذر لإشهادهم ، وإذا كان إشهاد الرجال غير ممكن ، والله يقول : « من رجالكم » فإن مالكا يحمله على ما يشهده الرجال غالباً .

هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى ، فإن المفسرين يختلفون فى دلالة الآية من ناحية المقصود بلفظ « رجالكم » . فيرى البعض أن المقصود به المسلمون ، ويرى البعض الآخر أن المقصود به الأحرار ، بينما يرى ابن العربى أن المقصود به البالغون من الذكور المسلمين ، وإن كان يقول بعد ذلك : « فأما الصغير فيحفظ الشهادة فإن أداها وهو رجل جازت ولا خلاف فيه » ، مع أن الآية فى تحمل الشهادة لافى أداها فتناقض قوله . ذلك أنه يرى أن المقصود برجالكم البالغون ، وهى فى التحمل ، ثم هو يقول بجواز تحمل الصبي للشهادة ويؤيدها وهو كبير .

وعلى أى حال فلفعل مالكا ومن سبقه من أهل المدينة يرون أن المقصود « برجالكم » الأحرار أو المسلمون لا البالغون . وبذلك لا يكون قولهم بقبول شهادة الصبيان فى الجراح مخالفة لنص كتاب الله عز وجل . ولا يجوز منا أن نحمل عمل أهل المدينة على مخالفة النص بمصلحة رأوها مادامنا نجد بعض تفسيرات تجعل هذه الفتوى غير معارضة لنص القرآن .

أما قوله تعالى : « ممن ترضون من الشهداء » فهو يدل على أن الحاكم لا يحكم

بالشهادة إلا إذا اطمأن قلبه ورضيت نفسه عن الشاهد ، وذلك يرجع إلى الاجتهاد . ولعل ما لا يمكن يرضى عن شهادة الصبيان في حالة الضرورة وبالشروط التي اشترطها في ذلك من التعدد ، وعدم التفرق والتلقين ، وكونهم ذكوراً مسلمين أحراراً ، ليس بينهم كبير إلى آخر الشروط التي شرطها في ذلك .

وفي ذلك يقول ابن العربي في أحكام القرآن^(١) : « من ترضون من الشهداء دليل على تفويض القبول في الشهادة إلى الحاكم ، لأن الرضى معنى يكون في النفس بما يظهر لها من الأمارات عليه ، ويقوم من الدلائل المبينة له ، ولا يكون غير هذا ، فإننا لو جعلناه لغيره لما وصل إليه إلا بالاجتهاد ، واجتهاده أولى من اجتهاد غيره » .

وإذن فقبول شهادة الصبيان في الجراح تحقيق لمناط وجوب توافر صفة الرضى عن الشهود ، وليس معارضة للنص الذي يوجب ذلك .
ثانياً : قبول شهادة الصبيان مصلحة تدخل تحت أصل شرعى شهدت له نصوص الشريعة .

إذا سلمنا أن الآيات السابقة تدل على عدم قبول شهادة الصبيان عموماً وأن قبول شهادتهم في الجراح التي تقع بينهم ولا يحضرها كبير حكم تأليه المصلحة ، فإن هذه المصلحة ليست من المصالح المجردة التي لا تستند إلى الأصول الشرعية ، بل على العكس من ذلك فإن هذه المصلحة ملائمة لجنس تهرفات الشارع وداخله تحت أصل حفظ النفس وحقن الدماء الذي شهدت له النصوص الشرعية بالاعتبار ، فالخصص لعموم هذه الآيات ، والمقيد لإطلاقها في الحقيقة ، هو النصوص التي شهدت لجنس المصلحة بالاعتبار ، وليس فيه تقديم مصلحة على النصوص الشرعية .

بل إن شيوخ المالكية يعتبرون هذه المصلحة من المصالح الضرورية لحفظ النفوس وصيانة الأرواح ، وليس فقط بما تدعو إليه حاجة الحفظ . فلقد صرحوا أكثر من مرة أن قبول شهادة الصبيان في الجراح حكم تملية الضرورة ، ففسروا الحكم ، وحددوا نطاقه ، بقدر هذه الضرورة .

وإليك كلام شيوخ المالكية في بيان أن سند هذه الفتوى هو ضرورة حفظ الدماء .

يقول القاضي أبو الوليد الباجي في المنتقى^(١) : « والدليل على ماذهب إليه على ومن تابعه ما احتج به شيوخنا من أن الدماء يجب الاحتياط لها والصبيان في غالب أحوالهم ينفردون في ملاعبهم حتى لا يكاد أن يخاطبهم غيرهم ، ويجرى بينهم من اللعب والترامى ما ربما كان سبباً للقتل والجراح ، فلو لم يقبل بينهم إلا الكبار وأهل العدل لأدى ذلك إلى هدر دماءهم وجراحهم فقبلت شهادتهم بينهم على الوجه الذي يقع على الصحة في غالب الحال » .

ويقول : « قال سحنون ، إنما أجزتها في الجراح ولم أجزها في الحقوق للضرورة ، لأن الحقوق يحضرها الكبار ولا يحضرون في جراح الصغار في الأغلب ، ولو حضرها كبير لم تجز شهادتهم » .

ويقول في عدم قبول شهادة الإناث منهم : « إن الضرورة إنما تدعو إلى ما يكثر ويتكرر دون ما يقل ويندر وحضور الإناث مع الذكور منهم يقل ... فلذلك لم تدع الضرورة إلى قبول شهادتهم » .

ويقول في رد شهادتهم إذا وجد معهم كبير : « وجه ذلك أن شهادتهم إنما أجزت للضرورة ، والضرورة إنما تكون إذا انفردوا ، فإذا كان

معهم كبير فقد زالت الضرورة ، وصاروا على حالة يمكن إثبات أحكامهم معها فلم تقبل شهادتهم .

ويقول في منع قبول شهادتهم إذا تفرقوا : « وأما افتراقهم في المجموعة من قول مالك أنه إنما تجوز شهادتهم ما لم يتفرقوا أو يخبوا فلا تجوز ، وجه ذلك أنها إنما أجزيت شهادتهم للضرورة من أنهم ينفردون باللعب بما تكثر به الجراح وربما أدت إلى القتل ، والشرع قد ورد بحفظ الدماء والاحتياط لها بأن تثبت بما لا يثبت به غيرها ، وما يوجب القسامة ، ومثل ذلك لا يجوز في المسال ... فإنما يحكم بأول قولهم وما ضبط منه قبل تفرقهم ... »

وإذن لجواز شهادة الصبيان بعضهم على بعض في الجراح حكم أمليته للضرورة على الأقل في نظر القائلين به ، ولذلك صرحوا بأن هذه الضرورة تقدر بقدرها . وقاعدة الضرورات لا خلاف فيها بين المجتهدين ، وأنها تخصص النصوص ، والمخصص في الحقيقة هو النصوص التي قررت القاعدة .

ثالثاً : قبول شهادة الصبيان سنده إجماع أهل المدينة .

لقد رويت الفتوى بقبول شهادة الصبيان فيما يقع بينهم من الجراح عن مالك في المدونة وغيرها دون بيان لسندها^(١) .

نفيل للبعض أن سند مالك في هذه الفتوى هو المصلحة المجردة . مع أن

(١) « قال ابن القاسم : ... قلت : رأيت قول مالك يجوز شهادة الصبيان بعضهم على بعض ما لم يتفرقوا أو يدخل بينهم كبير أو يخبوا (من الحب وهو : الخداع) في أي شيء كان ذلك ؟ فقال : في الجراحات والقتل إذا شهد فيه اثنان فصاعداً قبل أن يتفرقوا ، وكان ذلك بعضهم في بعض صبيان كلهم ، ولا تجوز فيه شهادة واحد ، ولا تجوز فيه شهادة الإناث أيضاً من الصبيان في الجراحات فيما بينهم ولا تجوز شهادة الصبيان للكبير ... على صبي أو كبير » .

الإمام مالكا رضى الله عنه قد بين أن سند هذه الفتوى هو إجماع أهل المدينة الذى يعده ، حجة بمنزلة الحديث المتواتر (١) .

ولإليك ما جاء فى الموطأ (٢) : « قال مالك : الأمر المجتمع عليه عندنا أن شهادة الصبيان تجوز فيما بينهم من الجراح ولا تجوز على غيرهم ، وإنما تجوز شهادتهم فيما بينهم من الجراح وحدها ولا تجوز فى غير ذلك إذا كان ذلك قبل أن يتفرقوا أو يخبوا أو يعلموا ، فإن افترقوا فلا شهادة لهم إلا أن يكونوا قد أشهدوا العدول على شهادتهم قبل أن يفترقوا . »

فأنت ترى أن مالكا فى هذه الفتوى كان متبعاً وليس مستصلاً ، فلقد وجد أن عبد الله بن الزبير وعلى بن أبى طالب ومعاوية وسعيد بن المسيب وعروة بن الزبير وعمر بن عبد العزيز وأهل المدينة يجيزون شهادة الصبيان فيما بينهم من الجراحات فأجازها اتباعاً . وفى هذا يقول صاحب المنتقى (٣) :

« قوله : إن عبد الله بن الزبير كان يقضى بشهادة الصبيان فيما بينهم من الجراح ، وهو قول أهل المدينة . وبه قال على بن أبى طالب ومعاوية ، ومن التابعين سعيد بن المسيب وعروة بن الزبير وعمر بن عبد العزيز . . . ومنع من ذلك ابن عباس ، وقال مالك : معناه عندنا فى شهادتهم على الكبار ، وروى وكيع عن ابن جريج عن أبى ملكية : ما رأيت القضاة أخذت إلا بقول ابن الزبير . ويقول (٤) : « قال أبو الزناد أنها السنة » .

فإذا قلنا : إن هذه الفتوى تعارض قول الله تعالى « واستشهدوا شهيدين

(١) راجع شرح تنقيح الفصول للقرافى المالكي ص ١٤٥ يقول القرافي : « وإجماع أهل المدينة عند مالكا فيما طريقه التوقيف حجة خلافاً للجميع : لنا قوله عليه السلام : إن المدينة لتنفى خبيها كما ينفى الكبر خبث الحديد ، والخطأ خبث فوجب نفيه ، ولأن أخلافهم ينقل عن أسلافهم ، وأنباؤهم عن آبائهم فيخرج الخبر عن خبر الظن والتخمين إلى خبر اليقين ، ومن الأصحاب من قال إن إجماعهم مطلقاً حجة ، وإن كان فى عمل عملوه لاقى نقل نقلوه » .

(٢) المنتقى شرح موطأ مالك ج ٥ : ص ٢٢٩ .

(٣) المنتقى ج ٦ ص ٢٢٩ .

(٤) المنتقى شرح موطأ مالك ١٣ : ٤ .

من رجالكم ، وقوله تعالى « من ترضون من الشهداء » وقوله « وأشهدوا ذوى عدل منكم » ، فلا يجوز القول بأن المخصص هنا هو المصلحة التى رآها مالك معارضة لنص كتاب الله تعالى ، بل المخصص هو إجماع أهل المدينة وهو عند مالك بمنزلة حديث روى بالتواتر ، وما كان مالك فى هذه الفتوى إلا حريصاً أشد الحرص على تطبيق تلك النصوص ، وذلك بتحريه عمل من هم أدرى الناس بملايسات النص ومفسره ومخصمه ، فإنهم إذا عملوا بشهادة الصبيان فى الجراح ، فلا يقال إنهم تعمّدوا مخالفة نص كتاب الله تعالى دون سند من نص آخر سمعوه من رسول الله ، ولا يجوز رميهم بالجهل أيضاً وأنهم خالفوا النص دون اعتماد على نص آخر ، وهم الذين أخذ عنهم الدين ، ورويت عنهم السنة . فمخصص هذه الآيات على فرض القول بأنها نص فى منع شهادة الصبيان بعضهم على بعض فى الجراحات هو الإجماع وليس مجرد المصلحة .

الفتوى الرابعة : عدة من تباعدت حيضتها :

استدل بعض الكاتبين على دعوى تقديم المصلحة على النص عند مالك بفتواه المرأة التى تباعدت حيضتها بأنها تعتد بثلاثة أشهر بعد مدة استبراء قدرها بتسعة أشهر . فقال إن سند مالك فى هذا هو المصلحة المجردة التى لا تشهد لها النصوص الشرعية ، وأن هذه الفتوى على خلاف نص الكتاب وهو قوله تعالى : « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء » . وذلك لأن المرأة التى ارتفعت حيضتها فى سن من تحيض ، فهى إذن من ذوات الأقراء ، وليست من الآيسات حتى تعتد بالأشهر وتدخل تحت عموم قوله تعالى « واللاتى ينسن من الحيض من نساءكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر » .

والحقيقة أن هذه الفتوى أيضاً لا تخالف نصوص الكتاب ، ولا تدل

على أن مالك يقدم المصلحة المجردة على نصوص الشرع . ويتبين ذلك مما يأتي :

أولاً : رويت هذه الفتوى في المدونة عن مالك دون بيان سندها . فقد جاء فيها^(١) : « قلنا أرأيت إذا طلق الرجل امرأته ومثلها تحيض فارتفعت حيضتها ؟ قال : قال مالك تجلس سنة من يوم طلقها زوجها فإذا مضت سنة فقد حلت ... قلت : لم قال مالك عدة المرأة التي طلقها زوجها وهي ممن تحيض فرفعتها حيضتها لم قال تعتد سنة ؟ ، قال : قال مالك تسعة أشهر للريبة والثلاثة أشهر هي العدة التي بعد التسعة التي كانت للريبة . »

ثانياً : بين مالك في موطنه أن سند هذه الفتوى هو إجماع أهل المدينة ومذهب الصحابي فقال^(٢) :

« مالك عن يحيى بن سعيد ، وعن يزيد بن عبد الله بن قسيط اللبي عن سعيد بن المسيب أنه قال : قال عمر بن الخطاب أيما امرأة طلقت فحاضت حيضة أو حيضتين ، ثم رفعتها حيضتها ، فإنها تنتظر تسعة أشهر ، فإن بان بها حمل فذلك ، وإلا اعتدت بعد التسعة أشهر ثلاثة أشهر ثم حلت . »

وجاء في الموطأ أيضاً^(٣) : « قال مالك : الأمر عندنا في المطلقة ترفعها حيضتها حين يطلقها زوجها أن تنتظر تسعة أشهر ، فإن لم تحض فحين اعتدت ثلثه أشهر ، فإن حاضت قبل أن تستكمل الأشهر الثلاثة استقبلت الحيض ، فإن مرت بها تسعة أشهر قبل أن تحيض اعتدت ثلاثة أشهر ، فإن حاضت الثالثة كانت قد استكملت عدة الحيض ، فإن لم تحض استقبلت ثلاثة أشهر ثم حلت ، ولزوجها عليها في ذلك الرجعة قبل أن تحل إلا أن يكون قد بت طلاقاً . »

(١) المدونة ج ٥ ص ١٠٨ .

(٢) المنتقى شرح الموطأ ٤ : ١٠٨ .

(٣) الموطأ ٤ : ١١٠ .

ولإذا عرف أن مالكا يرى أن مذهب الصحابي وإجماع أهل المدينة حجة أمكن القول بأن سند هذه الفتوى هو قول الصحابي أو إجماع أهل المدينة ، فلا تخصيص للنص بالمصلحة المجردة (١) .

ثالثاً : حاول شيوخ المالكية أن يبينوا سند مالك ودليله فيما ذهب إليه في هذه الفتوى ، فلم يكن بين هذه الأدلة ما أطلق عليه البعض المصلحة المرسلة في مقابلة النص ، بل على العكس من ذلك كلها استدلال بالنص ومحاولة لتطبيقه في ضوء المصلحة . وإليك بعض هذه المحاولات :

١ - يقول ابن رشد في المقدمات المهمات (١) :

وأما عدة الطلاق . . . إن كان قد دخل بها اعتدت بثلاثة قروء إن كانت ممن تحيض ، أو بثلاثة أشهر إن كانت في سن من لا تحيض من صغر أو كبر ، قال الله عز وجل : « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء » ، وقال « واللائي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر » ، ماهذه الريبة ؟ فروى أشهب عن مالك : أنها ريبة ماضية في الحكم ليس في معاودة الحيض لهن . وذلك أن الله تعالى لما بين عدة ذوات الأقراء وذوات الحمل وبقيت الأيسة عن الحيض والتي لم تحض ارتاب أصحاب النبي صلى الله عليه

(١) ولذلك يقول القرافي المالكي في التنقيح ص ١٩٨ « وأما مذهب الصحابي فهو حجة عند مالك والشافعي في قوله القديم مطلقاً لقوله عليه الصلاة والسلام : أصحابي كالنجوم بأيهم اقتديتم اهتديتم . ويقول ص ١٤٥ : وإجماع أهل المدينة عند مالك فيما طريقه التوقيف حجة خلافاً للجميع لنا قوله عليه السلام : أن المدينة لتنفى خبيثها كما ينفي الكبر خبث الحديد والخطأ خبث فوجب نفيه ، ولأن أخلافهم ينقل عن أسلافهم وأبنائهم عن آبائهم فيخرج الخبر عن خبر الظن والتخمين إلى خبر اليقين ، ومن الأصحاب من قال لإجماعهم مطلقاً حجة وإن كان في عمل عملوه لا في نقل نقلوه . . . احتجوا بقوله عليه السلام لا تجتمع أمتي على خطأ ومفهومه أن بعض الأمة يحوز عليه الخطأ ، وأهل المدينة بعض الأمة ، وجوابه أن منطوق الحديث الثابت أقوى من مفهوم الحديث الثاني .

(٢) أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد المتوفى سنة ٣ هـ ، المقدمات المهمات ج ٢ ص ٦٧ .

وسلم في حكمها ، فأَنْزَلَ اللهُ : « واللائئ يئسن من الحيض من نساءكم إن ارتبتم فعدتن ثلاثة أشهر واللائئ لم يحضن ، وذهب ابن بكير وإسماعيل القاضى إلى أن المعنى في قوله تعالى « إن ارتبتم » ، في معاودة الحيض لهن وأنها ريبة مستقبله واحتجاً لذلك بحجج يطول جلبها : من ذلك أن اليائس في كلام العرب إنما هو فيما لم ينقطع فيه الرجاء ، ألا ترى أنك تقول : يئست من المريض لشدة مرضه ، ومن الغائب لبعده غيبته ، ولا يصح أن تقول يئست من الميت الذى انقطع الرجاء منه ، وأنه لو كان معنى اليائسة التى ذكر الله في كتابه ، وأوجب في العدة عليها ثلاثة أشهر هى التى لا ترتاب في معاودة الحيض لوجب إذا ارتفع عن المرأة الحيض وهى فى سن من يشبهه أن تحيض أن تعتد بالأقراء حتى تبلغ سن من لا يشبهه أن تحيض وإن بقيت عشرين عاماً ، وإلى هذا ذهب الشافعى رحمه الله تعالى ، وهو خطأ لا يصح من وجهين : أحدهما ، أنها إن جاءت بولد لما لا تحمل له النساء من المدة وإن كانت العدة لم تنقض لم يلحق به الولد ، فبحال أن تعتد من الزوج فى مدة لا يلحق فيها به الولد . والثانى : مخالفة عمر بن الخطاب رضى الله عنه فى قوله أيما امرأة طلقت خاضت حيضة أو حيضتين . ثم رفعها حيضتها فإنها تنتظر تسعة أشهر ، فإن بان بها حمل وإلا اعتدت تسعة أشهر بثلاثة أشهر ثم حلت ، ولا مخالف له من الصحابة . ومن ذلك أن الريبة لو كانت فى الحكم لمكانت ماضية ولما كان حقها أن تكون « أن ارتبتم » بفتح أن . فإذا قلت : إن اليائسة التى أوجب الله عليها العدة ثلاثة أشهر هى التى ترتاب فلا تدرى لم لم تحض فدلّل هذا أن لا يجب عدة على من يعلم أنها ممن لا تحيض من صغر أو كبر ولا ترتاب فى أمرها ، إلا أنه لما لم يكن فى ذلك حد يرجع إليه حمل الباب فى ذلك محملاً واحداً . . . فالتى ترتفع حيضتها بعد أن حاضت وهى فى سن من تحيض محمولة على ما بيناه من الاختلاف فى المرض لأنها بمعنى اليائسة ، وللسنة الثابتة فى ذلك عن عمر بن الخطاب ، فلا تحل المرأة المطلقة ولا حمل بها إذا كانت فى سن من تحيض أو قد حاضت مرة أو مرتين

إلا بثلاثة قروء أو سنة بيضاء لا دم فيها ، تسعة أشهر لا دم فيها استبراء ينزل بلوغها إليها دون أن ترى فيها دمأ بمنزلة اليائسة . ثم ثلاثة أشهر عدة كما قال الله عز وجل وبالله سبحانه وتعالى التوفيق .

٢ — ويقول ابن رشد الحفيد^(١) : « أما التي تطلق فلا تحيض وهي في سن الحيض وليس هناك رية حمل ولا سبب من رضاع ولا مرض فإنها تلتظر عند مالك تسعة أشهر فإن لم تحض فيهن اعتدت بثلاثة أشهر . وقال أبو حنيفة والشافعي والجمهور في التي ترفع حيضتها وهي لا تياس منها في المستأنف : إنها تبقى أبداً تلتظر حتى تدخل في السن التي تياس فيه من الحيض وحيلئذ تعتد بالأشهر أو تحيض قبل ذلك . وقول مالك مروى عن عمر بن الخطاب وابن عباس ، وقول الجمهور هو قول ابن مسعود وزيد . وعمدة مالك من طريق المعنى هو أن المقصود بالعدة إنما هو ما يقع به براءة الرحم ظناً غالباً بدليل أنه قد تحيض الحامل .

وإذا كان ذلك كذلك فعدة الحمل كافية في العلم ببراءة الرحم ، بل هي قاطعة على ذلك ، ثم تعتد بثلاثة أشهر عدة اليائسة . . . وأما الجمهور فصاروا إلى ظاهر قوله تعالى : « واللاتي يئسن من المحيض ، الخ ، والتي هي من أهل الحيض ليست بيائسة . وهذا الرأي فيه عسر وحرج ، ولو قيل إنها تعتد بثلاثة أشهر لكان جيداً إذا فهم من اليائسة التي لا يقطع بانقطاع حيضها وكان قوله « إن ارتبتم ، راجعاً إلى الحكم لا إلى الحيض . . . وأما اسماعيل وابن بكير من أصحاب مالك فذهبوا إلى أن الرية هنا في الحيض ، وأن اليائس في كلام العرب هو ما لم يحكم عليه بما يئس منه بالقطع . . . »^(٢) .

٣ — ويقول أبو الوليد الباجي في المنتقى شرح موطأ مالك :^(٣) « فأما

(١) الإمام الفقيه الفيلسوف الأصولي القاضي أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي المتوفى سنة ٥٩٥ .

(٢) بداية المجتهد ٢ : ٧٤ .

(٣) المنتقى شرح موطأ مالك ج ٤ ص ١٠٨ .

الحائض فهي التي قد رأت الحيض ولو مرة في عمرها ثم لم تبلغ سن اليأس منها ، فهذه إذا طلقت حكمها أن تعتد بالأقراء ، فإن لم تر حيضاً انتظرت تسعة أشهر ، وهذا مذهب عمر وبه قال ابن عباس والحسن البصري . وقال أبو حنيفة والشافعي تنتظر الحيض أبداً . والدليل على ما نقوله أن هذا إجماع الصحابة لأنه روى عن عمر وابن عباس وليس في الصحابة مخالف . ومن جهة المعنى أن التسعة الأشهر مدة الحمل المعتاد ، فالغالب أن يظهر بها حمل إن كان بها أو تتحقق المرأة علاماته وتحس به ، فإذا سلمت من ذلك كله فالظاهر سلامتها من الحمل إذا لم توجد منها ربة غير ارتفاع الحيض ، وقد ترتفع كثيراً من غير حمل ، فلا يدل ارتفاعه على الحمل ، فإذا انقضت التسعة ولا تحس شيئاً اعتدت بثلاثة أشهر . قال مالك وأصحابه ، وأكثره من قول أشهب ، لأن لها حينئذ حكم يائسة من الحيض ، ومعنى ذلك أنه لما وقع التربص بالتسعة أشهر وعدم الحيض والحمل حكم لها بحكم من تعتد بالشهور ، فصار ذلك حكماً كالإيائسة لما ارتفع حيضها وصارت من لا تحيض تعتد بثلاثة أشهر ، إلا أن الإيائسة لما كانت علامة اليأس ظاهرة من السن وغيره لم يحتج إلى اعتبار تسعة أشهر ، وهذه لما كان حكمها الحيض كان ارتفاعها ربة لم تنتقل عنه إلا بعد الاستبراء والاستقصاء والله أعلم .

فالذي يؤخذ من هذه النصوص :

أولاً : أن أحداً من شيوخ المالكية لم يصرح بأن سند مالك في هذه الفتوى هو المصلحة المرسله في مقابلة نص كتاب الله تعالى .

ثانياً : أن الشيوخ حاولوا أن يبينوا لنا الدليل الذي اعتمد عليه إمام دار الهجرة في القول بهذه الفتوى ، فكانت هذه الأدلة : إما استدلال بنص أو معقول نص بطريق القياس ، أو تحقيق مناط علة ثابتة بالاجتهاد من النص ، أو إجماع أو قول صحابي . وهي أدلة لا تعتمد على الرأي المجرد أو المصلحة التي يراها المجتهد .

(١) فالبعض يرى أن الآية تدل بلفظها على ما ذهب إليه مالك ، فيرى أن معنى قوله تعالى : « واللاتى يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم » من ارتفع حيضها وارتابت لم لم تحض ، فتكون الآية دالة بلفظها على عدة من ارتفع حيضها بالشهور ، وتكون اليائسة التى يقطع بيأسها لعدة عليها مطلقاً كما يرى بعض المالكية والظاهرية ، أو تكون عدتها بالأشهر من باب أولى . وتكون فتوى مالك تطبيقاً للنص ، لا قولاً بالرأى ولا تقدماً لمصلحة على كتاب الله .

ولقد سبق أن هذا رأى ابن بكير وإسماعيل القاضى من أصحاب مالك . حيث قالوا : إن معنى قوله « إن ارتبتم » فى معاودة الحيض لهن وهو الذى اختاره ابن رشد الحفيد حيث يقول : ولوقيل إنها تعتد بثلاثة أشهر لكان جيداً إذا فهم من اليائسة التى لا يقطع بانقضاء حيضها وكان قوله « إن ارتبتم » راجعاً إلى الحكم لا إلى الحيض . . . وأما إسماعيل وابن بكير فذهبوا إلى أن الريبة هنا فى الحيض وأن اليائس فى كلام العرب هو ما لم يحكم عليه بما يئس منه بالقطع .

ولهذا رأى سند فى كلام المفسرين . فقد ذكر المفسرون أن هذا احتمال فى الآية ، وذكروا عن بعض الصحابة وأئمة اللغة أن اليائسة تطلق على مالا يحكم عليه بما يئس منه بالقطع ، وأن قوله تعالى « إن ارتبتم » يعنى الريبة فى الحيض لا فى الحكم .

وإليك بعض عبارات المفسرين :

١ - يقول الطبرى فى تفسيره^(١) : « حدثنا ابن عبد الأعلى ثنا ابن ثور ، عن معمر ، عن الزهرى « إن ارتبتم » ، قال فى كبرها أن يكون ذلك من الكبر ، فإنها تعتد حين ترتاب ثلاثة أشهر ، فأما إذا ارتفعت حيضة

المرأة وهي شابة فإنه يتأنى بها حتى ينظر : حامل هي ، أم غير حامل ؟ ...
فإن لم يتبين حملها ، فحتى يتبين وأقصى ذلك سنة .

« حدثنا يونس ، قال أخبرنا ابن وهب قال : قال ابن زيد في قوله
« واللاتى يئسن » قال : إن ارتبت أنها لا تحيض ، وقد ارتفعت حيضتها .

حدثنا ابن عبد الرحيم البرقي ، قال ثنا عمرو بن أبي مسلمة ، قال أخبرنا
أبو معبد ، قال سئل سليمان عن المرتابة ، فقال : هي المرتابة التي قد قعدت
من الولد تطلق ، فتحيض حيضة ، فيأتى إبان حيضتها الثانية ، فلا تحيض ،
قال : تعتد حين ترتاب ثلاثة أشهر مستقبلة ، قال : فإن حاضت حيضتين
ثم جاء إبان حيضتها الثالثة فلم تحض اعتدت حين ترتاب ثلاثة أشهر مستقبلة
ولم تعتد بما مضى . .

٢ - وقال أبو حيان في تفسير البحر المحيط^(١) : « وقال الزجاج :
المعنى : إن ارتبتم في حيضها ، وقد انقطع عنها الدم وكانت ممن يحيض
مثلها . »

٣ - وقال ابن العربي في أحكام القرآن^(٢) : « وهذه الآية مشكلة
واختلف أصحابنا في تأويلها على ثلاثة أقوال .. الأول : معناها إذا ارتبتم ..
أن الله جعل عدة الحائض بالأقراء ، فمن انقطع حيضها ، وهي تقرب من
حد الاحتمال فواجب عليها العدة بالأشهر بهذه الآية ، ومن ارتفعت عن
حد الاحتمال وجب عليها الاعتداد بالأشهر بالإجماع لا بهذه الآية لأنه
لا رية فيها . »

٤ - وقال الجصاص في أحكام القرآن^(٣) : « وعن ابن عباس في التي
ارتفع حيضها سنة قال : تلك الريبة ، وروى معمر عن قتادة عن عكرمة في

(١) تفسير البحر المحيط ج ٨ ص ٢٨٤ .

(٢) أحكام القرآن لابن العربي ج ٤ ص ١٨٢٤ .

(٣) أحكام القرآن ج ٣ ص ٥٦١ .

التي تحيض في كل سنة مرة قال : هذه ربية ، عدتها ثلاثة أشهر ، وروى
سفيان عن طاووس مثله .

٥ - ويقول الطبرسي^(١) : « واللائي يئسن من الحيض الخ فلا يحضن ،
إن ارتبتم ، فلا تدرن لكبر ارتفع حيضهن أو لعارض ، فعدتهن ثلاثة
أشهر ، وهن اللواتي أمثالهن يحضن ، لأنهن لو كن في سن من لا تحيض
لم يكن للارتباب معنى ، وهذا هو المروى عن أئمتنا .

٦ - وقال القنوجي في فتح البيان^(٢) : « قال الزجاج إن ارتبتم في
حيضها وقد انقطع عنها الحيض وكانت ممن تحيض مثلاً ... فإذا كانت هذه
عدة المرتابة فغير المرتابة بها أولى بذلك .

وهكذا نجد أن الآية تعتبر سنداً لفتوى مالك على هذا التأويل ،
وليست هذه الفتوى مستندة إلى مصلحة رآها مالك وخصص بها النص
كما قال البعض . ولقد أطل بعض أصحاب مالك في بيان الحجج التي ترجح
هذا التأويل . ومن أهم هذه الحجج ما سبق لابن رشد من أن الآية لو قصد
بها من يقطع بعدم حيضها لكان معنى ذلك أن من ارتفع حيضها وهي شابة
تبقى في العدة ولو مضى عليها عشرون سنة ، وكان معنى هذا أنها لو جاءت
بولد بعد العشرين سنة فإنه يلحق الزوج مادامت في العدة ، ولم يقل
بذلك أحد .

(ب) وبعض مشايخ المالكية استدلوا لفتوى مالك بمعقول النص فقال
بقياس من ارتفعت حيضها ثم استمرت تسعة أشهر لم تر فيها حيضاً ولم تحس
بحمل على الأيسة .

وهذا ما صرح به كل من ابن رشد الجدد وابن رشد الحفيدة ، فيقول

(١) مجمع البيان جلد ١٠ ص ٣٠٦ .

(٢) فتح البيان ج ٩ ص ٢٤ .

الأول إن من ارتفعت حيضتها ، في معنى اليائسة ، ويقول إنه يجب أن تنقضى تسعة أشهر لا دم فيها ينزل بلوغها إليها دون أن ترى فيها دمًا منزلة اليائسة . ومثل ذلك فعل الباجي كما سبق .

فهمؤلا يقولون : إن من ارتفعت حيضتها وإن لم تدخل تحت لفظ الآيسة إلا أنها في معناها . فالآية تدل بلفظها على حكم الآيسة وبمعقولها بطريق القياس على من ارتفعت حيضتها قبل سن اليأس إذا بقيت تسعة أشهر لم تر حيضاً ولم تحس حملاً .

(ج) وهناك فريق ثالث يتجه إلى استنباط مناط النص ، فيرى أن العدة في النص شرعت لبراءة الرحم غالباً ، وبتحقيق هذا المنط فيمن ارتفعت حيضتها يتبين أن عدتها تنقضى بالأشهر الثلاثة بعد التسعة التي لزوال الرية ، وقد فعل ذلك ابن رشد الحفيد . وهذا الطريق من طريق الاجتهاد متفق عليه في الجملة ، ويسميه الغزالي تفسير النص بالمعنى المتبادر منه ، ومثل له بأمثلة كثيرة في شفاء العليل ، وجعل منه استنباط مناط المنع من الميراث في حديث : « لا ميراث لقاتل » ، واستنباط المنط في حديث : « نهى النبي عن بيع ما لم يقبض » ، وغير ذلك ، وقال إن هذا المعنى يخرج به من النص ويضاف إليه . وسوف نفصل ذلك عند مناقشة مسألة تلقى الركبان والتسعين وغيرهما مما ظنه البعض مصاح خصصت النص ، وما هي في الواقع إلا تفسير للنص وتحقيق لمناط الحكم في بعض النوازل .

(د) ويرى البعض من المالكية أن سند مالك في هذه الفتوى هو إجماع الصحابة . وفي ذلك يقول الباجي : « والدليل على ما نقوله أن هذا إجماع الصحابة لأنه روى عن عمر وابن عباس وليس في الصحابة مخالف » . والخلاصة أن فتوى مالك باعتداد من ارتفعت حيضتها بالسنة ليست فتوى سندها مجرد المصلحة ، وليس فيها استعمال رأى في مقابلة نص ، بل

هى : إما تطبيق للنص واستدلال بانفذه أو بمعقوله ، وإما عمل بإجماع يعتبر مثله حجة تخصص النص . وذلك كله فى نظر مالك على الأقل كما فسر به أصحابه فتواه .

الفتوى الخامسة : قتل الزنديق إذا تاب بعد الاطلاع عليه .

استدل بعض الكتّابين فى المصلحة على دعوى مالك بتقديم رعاية المصلحة على نصوص الشريعة بفتواه بعدم قبول توبة الزنديق . وحجته فى ذلك أن هذه الفتوى جاءت مخالفة لقوله عليه السلام ، أمرت أن أقاتل الناس حتى يشهدوا ألا إله إلا الله ، فإذا قالوها فقد عصموا منى دماءهم وأموالهم . . وهذه الفتوى قد حكاها شيوخ المالكية عن إمامهم وتواترت عنه إلا أن أحداً منهم لم يصرح بأن مالئكأ أخذ فى ذلك بمصلحة فى مقابلة نص حديث الرسول عليه الصلاة والسلام ، بل إنهم على العكس من ذلك صرحوا بأن سند مالك فى هذه الفتوى كان النص . وإليك عبارات المالكية فى حكاية هذا الرأى فى الفقه المالئكى ، ثم بيان أن هذه الفتوى ليست قولاً بالمصلحة فى مقابلة النصوص .

يقول أبو الوائد الباجى فى المنتقى شرح موطأ مالك^(١) : « وأما الزنديق وهو الذى يظهر منه على كفر يسره ، وهو مع ذلك يدعى الإسلام ، فاختلف فيه العلماء . فقال مالك : يقتل ولا يقبل منه الإيمان إذا أسرته المنية قبل أن يتوب ويراجع الإيمان ، وقال الشافئى : تقبل توبته ولا يقتل ، ولأبى حنيفة فى ذلك قولان : أحدهما مثل قول مالك ، والثانى مثل قول الشافئى . وقد تعلق أصحابنا فى ذلك بقول الله تعالى : « فلما رأوا بأسنا قالوا آمنا بالله وحده وكفرنا بما كنا به مشركين فلم يك ينفعهم إيمانهم لما رأوا بأسنا ، وقالوا عن جماعة من أهل التفسير البأس فى الآية السيف » .

وجاء في الشرح الكبير^(١) : « وقتل المستسر للكفر وأظهر الإسلام بلا استتابة بعد الاطلاع عليه ، بل ولا تقبل توبته إلا أن يجيء قبل الاطلاع عليه ثانياً فتقبل توبته ولا يقتل » .

وجاء في كفاية الطالب الرباني لرسالة أبي زيد القيرواني^(٢) : « ويقتل — وجوباً — الزنديق حداً لا كفراً ولا تقبل توبته إن ظهر عليه ، وتقبل إن تأتياً قبل أن يظهر عليه . وهو الذي يسر الكفر ويظهر الإيمان ، وهذا هو المنافق في زمن النبوة . وإنما لم يقتل النبي صلى الله عليه وسلم المنافقين خشية أن يقال إن محمداً يقتل أصحابه فينفر الناس عن الإسلام » .

فالذي يؤخذ من هذه النصوص أمور :

أولاً : أن أحداً من المالكية لم يصرح بأن مالكا استند في هذه الفتوى إلى مصلحة رآها خصص بها النص .

ثانياً : أن أبا الوليد الباجي يصرح بأن مستند هذه الفتوى هو النص الوارد في كتاب الله تعالى ، فإذا فرضنا أن الحديث الذي سبق يدل نصاً على عدم قتل الزنديق المستتر إذا تاب ، وهو غير صحيح كما سنرى ، فإن المخصص للحديث هو آية « فلم يك ينفعهم إيمانهم لما رأوا بأسنا » ، وليس مصلحة سنحت لإمام دار الهجرة قدمها على نص حديث رسول الله عليه السلام .

ولكن إذا فرضنا أن سند هذه الفتوى هو المصلحة المرسلة ، فإن هذه المصلحة ليست في مقابلة نص بل إنها مصلحة في تفسير نص . واسمع إلى الإمام الغزالي يقول ، في شفاء العليل ، راداً على من زعم أن هذه مصلحة في مقابلة نص يقول^(٣) :

(١) الشرح الكبير ج ٤ ص ٤٠٦ .

(٢) رسالة أبي زيد القيرواني ج ٢ ص ٢٥٠ .

(٣) شفاء العليل ص ١٩٣ .

« فإن قيل فما قولكم في الزنديق المستتر إذا تاب هل تقتلونه بالمصلحة ولا تقبل توبته فإن مذهبه الاستمرار والتاسك ، والإظهار تقية عند الحاجة ، ولو كففتنا عنه بمجرد التوبة لم يعجز عن مثلها عند المعاردة ، وذلك من نفس عقيدته ، ثم يقولون إن قتله بحكم هذه المصلحة على خلاف قوله : « أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله » ، قلنا : هذه مسألة مجتهد فيها ، ولسنا نقطع ببطلان أحد المذهبين . . . ووجه الانفكاك عن قتله يبين من حيث عموم النص ، ومن حيث الاعتبار بكل صنف من أصناف الكفار والمرتدين إذا تابوا . ووجه قتله أن المعلوم من الشرع أن الكافر مقتول ، ونحن نكف عن قتله لتوبته ، والمعنى بتوبته تركه الدين الباطل ، والزنديق بالنطق بكلمة الشهادة ليس تاركا لدينه الباطل ، بل هو حكم من أحكام دينه ، واليهودي والنصراني وكل ملى يعتقد النطق بكلمة الشهادة كفرا في دينه وتركاه ، فإذا أسلم فوجب دينه أنه تارك لدينه ، وموجب دين الزنديق عند شهادته أنه يستعمل دينه . فهذا وجه التأويل والنظر ، وليس فيه إيجاب عقوبة لمصلحة ، بل هو قتل بالكفر في حق من نعتقه ، كافرا مستمرا على كفره ، وإنما النظر في بيان أن شهادته ليست في معنى شهادة الكافر ، وتوبة المرتدين المنتحلين لبعض الأديان ، لأن ذلك ترك في دينهم ، وهذا استمرار في دينه ، فليس هذا من قبل شرع العقوبة بالمصلحة المجردة . .

فأنت ترى الغزالي ، وهو يوافق المالكية في عدم قبول توبة الزنديق ، يصرح بأن هذه المصلحة ليست مخالفة لنص الحديث ، وأن الحديث محمول على الكفار الذين يعتقدون أن النطق بالشهادة ترك لدينهم ، بخلاف الزنديق الذي يعتقد أن النطق بالشهادة أحد الوسائل التي يزاول بها زندقته وإفساده لدين العامة .

ووظيفة المصلحة هنا إنما هي في تفسير قوله : « حتى يقولوا لا إله إلا الله » .

أو بعبارة أخرى ، في استنباط مناط عدم قتلهم بالاجتهاد ، فالغزالي والمالكية وبعض شيوخ الحنفية والشافعية (١) يرون أن المناط في عدم قتلهم أو في الكف عن قتلهم ليس هو مجرد النطق ، بل ترك دينهم . ولما كان الكفار من اليهود والنصارى يعتقدون ترك دينهم بالنطق بكلمة الشهادة قبلت توبتهم بهذا النطق ووجب الكف عنهم . وأما الزنديق فوجب دينه عند النطق بكلمة الشهادة أنه يستعمل دينه لا أنه يتركه .

فآل الأمر إلى تفسير نص في ضوء المعنى المتبادر منه ، أو استنباط مناط حكم من نص بطريق الاجتهاد ، ولذلك يعبر الغزالي عن هذا بقوله : « والمعنى بتوبته تركه الدين الباطل ، والزنديق ، بالنطق بكلمة الشهادة ليس تاركا لدينه الباطل ، ومعنى هذا أن مناط ترك الكافر وعدم قتله بالنطق بكلمة الإسلام هو تركه الدين الباطل ، لا مجرد النطق بالشهادة . ولما كان هذا المناط غير متحقق في الزنديق لم تكن كلمة الشهادة عاصمة لدمه ، لأنه لا يعتقد ترك دينه الباطل بالشهادة .

واستخراج مناط الحكم من النص بطريق الاجتهاد ، أو تفسير النص في ضوء المعنى المتبادر منه ، طريق من طرق الاجتهاد التي لجأ إليها جميع الفقهاء وإن اختلفوا في تعيين هذا المناط في بعض الفروع . وفي هذا يقول

(١) راجع المحلى على المنهاج ج ٤ ص ٧٧ حيث يقول النووي في المنهاج : « وإن أسلم المرتد صح ، وترك ، وقيل : لا يقبل إسلامه إن ارتد إلى كفر خفي كزندقة وباطنية . وقال الجصاص في أحكام القرآن ص ٣٤٩ ، ٣٥٠ : « وذكر بشر بن الوليد عن أبي يوسف في الزنديق الذي يظهر الإسلام : قال أبو حنيفة أستتبه كالمرتد ، فإن أسلم خليت سبيله . وقال أبو يوسف كذلك زماناً ، فلما رأى ما يصنع الزنادقة ويعودون ، قال : أرى إذا أتيت بزنديق أمر بضرب عنقه ولا أستتبه . ثم قال أبو يوسف : قال أبو حنيفة أقتل الزنديق سراً فإن توبته لا تعرف » وقال في شرح الدر المختار على تنوير الأبصار ما نصه : « والكافر بسبب الزندقة لا توبة له ، وجعله في الفتح ظاهر المذهب » راجع شرح الدر المختار ج ٣ ص ٤٥٦ - ٤٥٧ هامش ابن عابدين .

الغزالي في شفاء العليل بعد ذكر أمثلة هذا النوع من الاجتهاد (١) : « فمذه آراء مختلفة بعضها في الزيادة على المنصوص كما في الوصية ، وبعضها في النقصان من المنصوص من حيث الصيغة ، كما ذكرناه ، ومستند الزيادة والنقصان معنى فهم من نفس النهى . . . وحظ الأصولى من جملة ذلك أن شيئاً من هذه المسالك ليس باطلاً على القطع بطريق أصولى ، لا في طرف الزيادة ولا في طرف النقصان ، وأن شيئاً من ذلك ليس مبطلاً لأصل التعليل الذى وقع التنبيه عليه بإضافة الحكم إلى القتل ، ولكن رجوع حاصل النظر إلى أن الحكم منوط بالقتل بعينه ، أو لمعنى يتضمنه ، وإن نيط لمعنى يتضمنه ، فما عين ذلك المعنى وحده ، وقد اشتمل على معان ؟ وكل ذلك فى محل الاجتهاد ، وليس خارجاً عنه . . . نعم للمجتهدين أن يتجاوزوا أطراف الكلام وترجيح بعض المعانى على بعض ، فما لا يناسب من جملة متضمنات القتل لا يجعل مناطاً ، حتى يستخرج بسببه بعض مسميات القتل عن العموم ، . . . »

ويقول : « أظهرنا من تصرفات العلماء فى الإرث للقائل النقصان من المنصوص بالمعنى المفهوم من النهى ، كما عرف بالاتفاق الزيادة على المنصوص بالمعنى المعقول منه وأمثلة ذلك كثيرة . »

ويقول : « إذا قال : « القاتل لا يرث » ، فالسابق إلى الفهم من هذه الجناية على الروح والتعدى بالقتل ، فسبق هذا المعنى إلى الفهم من اللفظ فيما يجرى هذا المجرى ، فتحكم فى النقصان والزيادة ، وتفسير الحكم إلى الخصوص من العموم وإلى العموم من الخصوص جاء على نسق واحد ، من حيث إن من منع العلة التى تعكر على الأصل بالتخصيص منع من حيث إن القياس ليس تفسيراً للألفاظ فيجب معرفة الحكم أولاً ، ثم طلب علمته . وهذا فيما يتقدم الحكم

في الفهم على العلة والمعنى ، فلا يكون المعنى قرينة . فالمعنى في هذه الأمثلة ونظائرها سابق إلى الفهم ، فلم يكن من ذلك القبيل . . . وحاصله يرجع إلى تخصيص اللفظ بقرينة ، ولكن صار هذا المعنى المفهوم السابق إلى الفهم قرينة .

فأنت ترى من هذا أن تفسير النص بالمعنى المتبادر منه ، أو المصلحة السابقة إلى الفهم من شرع الحكم ، طريق من طرق تفسير النص بقرينة المعنى ، وليس تخصيصاً بالمعنى المتبادر من التخصيص . وأن الفقهاء متفقون على هذا النوع من الاجتهاد في الجملة ، وإن اختلفوا في التفاصيل . وقتل الزنديق وعدم الكف عنه بمجرد النطق بالشهادة من هذا القبيل ، إذ المعنى المتبادر من قوله عليه السلام : « حتى يقولوا لا إله إلا الله ، ترك الكافر لدينه بهذه الكلمة ، وليس النطق بها مجرداً ، إذ لا مصلحة في هذا النطق ولا غرض يتعلق به ، وإنما يفهم أن الكف عنهم لترك دينهم الباطل ، فإذا تبين للمالك أن هذا هو مناط الكف عن الكافر وعدم قتله ، فإنه يحقق مناط هذا الحكم في الكافر اليهودي والنصراني ، ولا يجد هذا المنطوق في الزنديق لأنه يعتقد استعمال دينه بالنطق بكلمة الشهادة .

فإذا قلنا إن قتل الزنديق وعدم قبول توبته مخصص لقول الرسول صلى الله عليه وسلم : « أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله فإذا قالوها فقد عصموا مني دماءهم وأموالهم » فإننا لا نعني التخصيص بمصلحة خارجة عن النص ، بل إنما نعني التخصيص للنص من حيث اللغة بالمعنى المتبادر فهمه من اللفظ . وعلى هذا الأساس ، يعبر الغزالي عن هذا النوع من الاجتهاد بالتخصيص قاصداً به تفسير النص بالمعنى المفهوم منه ، أو استنباط مناط الحكم ، ثم تحكيم هذا المنطوق في تفسير النص . يقول في المستصفى (١) : « فإن قيل : فالزنديق المستتر إذا تاب فالمصلحة في قتله ،

(١) المستصفى ج ٢ ص ٢٩٨ .

والأ تقبل توبته ، وقد قال صلى الله عليه وسلم : « أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله ، فإذا ترون ؟ قلنا : هذه المسألة في محل الاجتهاد ولا يبعد قتله ، إذ وجب بالزندقة قتله ، وإنما كلبة الشهادة تسقط القتل في اليهود والنصارى لأنهم يعتقدون ترك دينهم بالنطق بكلمة الشهادة ، والزنديق يرى التقية عين الزندقة ، فهذا لو قضينا به فخالصه استعمال مصلحة في تخصيص عموم وذلك لا ينكره أحد . »

فإنه يقصد بقوله استعمال مصلحة في تخصيص عموم تفسير النص بالمعنى المتبادر منه ، أو استخراج مناط الحكم من النص بطريق الاجتهاد ، لا التخصيص بأمر خارج عن النص يراه المجتهد مصلحة ، وهذا هو ما صرح به في كتابه شفاء العليل في مسألة الزنديق نفسها كما سبق ، بل ونص عليه أيضاً في شروط العلة فقال في شفاء العليل^(١) : « الشرط الرابع ، ألا يتغير النص الذي منه الاستنباط بالتعليل ، بل يبقى على ما كان عليه قبل التعليل ، وهذا بين فيما اللفظ نص فيه ، أما إذا كان اللفظ عاماً أو ظاهراً ، لم يبعد أن يتغير بالتعليل ظهوره وعمومه فيستطرق إليه تخصيص وتأويل ، »
فإن كلامه في علة أو معنى أو مصلحة أخذت من النص نفسه بطريق الاستنباط ، وليست مصلحة مجردة توصل إليها المجتهد من خارج النص نفسه ، ولذلك جاز عنده أن يخص النص العام أو يؤول الظاهر بالمعنى المتبادر من اللفظ مادام هذا المعنى المتبادر مأخوذاً من النص نفسه ، ونكون بذلك في دائرة تفسير النص بمقتضى الحكمة أو المصلحة أو المعنى المتبادر إلى الفهم من النص ذاته ، ولم تخرج عن النص نفسه حتى يقال إن النص خصص بالمصلحة التي يراها المجتهد .

ولقد أخذ بعض الكتابين عبارة الغزالي من المستصفي على ظاهرها

(١) شفاء العليل ص ٥٥٦ .

وقالوا إن الغزالي يقول إن تخصيص المصلحة للعموم لا ينكره أحد ، ولم يحاولوا الرجوع إلى كلام الغزالي عن المصالح المرسلة في كتابه شفاء العليل ، حيث عرض لهذا بالتفصيل ، وهم لو رجعوا لعرفوا أن المصلحة التي يعنها ليست هي المصلحة المجردة ، بل هي المعنى الذي سبق النص له ، أو المعنى المناسب الذي يتبادر فحمة من النص نفسه ، كما مثل له بالخلاف في تحديد مناط المنع من الميراث في القاتل وغيره من الأمثلة الكثيرة . ولذلك يصرح الغزالي بأن عدم قبول توبة الزنديق ليس « من قبيل شرع العقوبة بالمصلحة المجردة » .

وما يؤكد ذلك أن الذي لا ينكره أحد هو استنباط المناط بالاجتهاد أو التخصيص والإخراج من اللفظ والصيغة بالمعنى المتبادر من اللفظ ، كما نص عليه الغزالي في شفاء العليل . أما المصلحة المرسلة بالمعنى المعروف فإن الخلاف قائم في حجيتها فضلاً عن تخصيصها للعموم ، بل إن القياس وهو المصلحة التي تشهد لها النص المعين حل اختلاف بين الفقهاء في تخصيص النص به ، فكيف بمصلحة لا تشهد النصوص إلا لجنسها ، فهذا كله يقطع بأن عبارة الغزالي في المستصفي محمولة على المصلحة المتبادرة من اللفظ ، ومعنى التخصيص فيها تفسير النص وتحديد معناه بهذه القرينة ، قرينة المصلحة التي سبق النص لتحقيقها .

الفن الثاني : سجن المتهم وضربه .

قال الذين نسبوا إلى مالك أنه يقدم المصلحة على النص ، إن من الأدلة التي تؤيد هذه الدعوى فتوى مالك بضرب المتهم وسجنه تعذيباً له حتى يقر ، وقالوا : إن هذه الفتوى تخالف النص ، وهم يقصدون بالنص حديث الرسول صلى الله عليه وسلم : « البينة على المدعى واليمين على من أنكر » ، ولم يبين أحد منهم وجه مخالفته هذه الفتوى ، على فرض صحة نسبتها إلى مالك ،

لهذا النص . وسوف نبين خطأ نسبة هذه الفتوى إلى مالك ، ثم نثبت أن هذه الفتوى ، على فرض صحة نسبتها إليه ، لا تخالف نصاً من نصوص الشريعة ، وأخيراً فإنه على فرض أنها معارضة للنص المذكور فليس فيها تخصيص بمصلحة مجردة لنص ، بل مصلحة شهدت لها أصول شرعية ، فالخصص في الحقيقة هو النصوص التي شهدت لجذسها ، وليست المصلحة المجردة .

أورد — نسبة هذه الفتوى إلى مالك :

جاء في المدونة (١) : « قلت : إذا أقر بشيء من الحدود بعد التهديد أو القيد أو الوعيد أو الضرب أو السجن ، أيقام عليه الحد أم لا في قول مالك ؟ قال : قال مالك : من أقر بعد التهديد أو القيد ، فالوعيد والقيد والتهديد والسجن والضرب تهديد عندي كله ، وأرى أن يقال . قلت : والوعيد والتهديد عند مالك بمنزلة السجن والضرب ؟ قال ، قد أخبرتك بقوله في التهديد فاسألت عنه عندي مثله . قلت : أ رأيت إن أقر بعد القيد والضرب ثم ثبت على إقراره أقيم مالك عليه الحد ، وإنما كان أصل إقراره غير جائز عليه ؟ قال : لم اسمع من مالك في هذا إلا ما أخبرتك أنه قال ، وأنا أرى أنه ما كان من إقراره بعد أمن من عقوبة يعرف ذلك ، فأرى أن يقام عليه الحد أو يخبر بأمر يعرف به وجه صدق ما أقربه وعين ، وإلا لم أر أن يقطع ، لأن الذي كان من إقراره أول مرة قد انقطع ، وهذا كأنه إقرار حادث ، بل هو إقرار حادث ... قلت : فإن ضرب وهدد فأخرج القتل أو أخرج المتاع الذي سرق أقيم عليه الحد فيما قد أقربه أم لا ، وقد أخرج ذلك ؟ قال : لا أقيم عليه الحد إلا أن يقر بذلك آمناً لا يخاف شيئاً . »

وقال في موضع آخر من المدونة^(١) :

« قلت : أرأيت لو أن رجلاً ادعى على رجل أنه سرق منه ، ولا بينة له فقال : استحلفه لي ، أيستحلفه له في قول مالك ؟ قال : إن كان المدعى عليه متهماً بذلك موصفاً به استحلف وامتنع وهدد ، وإن كان على غير ذلك لم يعرض له ولم يصنع به من ذلك شيء . قال : لقد قال مالك في المرأة تزعم أن فلاناً استكرهها فجامعها ولا يعرف ذلك إلا بقولها ، قال : قال مالك تضرب المرأة الحد إن كانت قالت ذلك لرجل لا يشار إليه بالفسق ، وإن كان ممن يشار إليه بالفسق نظر في ذلك ، وأرى في هذا إن هو قاله لرجل لا يشار إليه بذلك وهو من الفضل والدين رأيت أن يؤدب أدباً موجعاً ولا يباح لأهل السفه شتم أهل الفضل والدين . »

فالذي يؤخذ من هذين النصين أمور :

- ١ — أن المروى عن مالك أنه قال : « من أقر بعد التهديد أقيل . »
- ٢ — أن شيوخ المالكية جعلوا الوعيد والقيد والحبس والضرب في معنى التهديد الذي نص عليه مالك ، فإذا أقر المدعى عليه بعد شيء من ذلك أقيل ولم يؤخذ به .

٣ — يرى ابن القاسم أن المتهم لو ضرب وهدد فأقر فأخرج القتل أو أخرج المتاع الذي سرق لا يقام عليه الحد بهذا الإقرار المصحوب بإخراج القتل والسرقة ويقول : « لا أقیم عليه الحد إلا أن يقر بذلك آمناً لا يخاف شيئاً . »

- ٤ — أن كل هذه النصوص لم تتعرض لجواز الضرب بالتهم أو عدم جوازه ، بل إنما تعرضت لصحة الإقرار بعد الإكراه بالضرب أو غيره ، وإن كان القول بعدم صحة الإقرار يشير إلى عدم جواز هذا الضرب والتهديد .

٥ - أن ابن القاسم يرى أن الرجل إذا ادعى على رجل من أهل الفضل والدين السرقة ولا بينة له أنه يؤدب أدباً موحجاً ، لأنه لا يباح لأهل السفه شتم أهل الفضل والدين ، فمن فعل ذلك عزر ، لأنهم معصية لا حد فيها ولا كفارة فكان فيها التعزير . وأما إذا ادعى على رجل متهم موصوف بالسرقة يشار إليه بالفسق فإنه يجوز أن يستحلف ويمتحن ويهدد .

وابن القاسم قال هذه الفتوى تخريجاً على فتوى مالك في المرأة التي تزعم أن فلاناً جامعها بالإكراه ، فإنه قال : « تضرب المرأة الحد إن كانت قالت ذلك لرجل لا يشار إليه بالفسق ، وإن كان ممن يشار إليه بالفسق نظر في ذلك » . ومعنى هذا أن القول بأن المدعى عليه في السرقة إذا كان متهماً استحلف وهدد وامتحن ليس هو نص قول مالك ، بل تخريج على فتواه في المرأة التي تدعى أن رجلاً جامعها بالإكراه .

٦ - ليس في النص الذي يجيز الاستحلاف والامتحان والتهديد ما يفيد صحة الإقرار الناتج عن التهديد ، وإنما فيه أن من اشتهر وعرف بالسرقة وقامت القرائن القوية على اتصافه بذلك يهدد حتى يرتدع غيره ، ويزدجر عن طريق الحرام .

٧ - والخلاصة أن مالك لم يثبت عنه أنه قال بجواز ضرب المتهم أو سجنه ليقر بالجريمة التي ادعى عليه بها . وقد صرح بذلك بعض المالكية . يقول اللخمي كما جاء في منح الجليل (١) : « فيمن أقر بعد التهديد خمسة أقوال : الإمام مالك لا يؤخذ به . ابن القاسم إن أخرج المتاع أو القليل فأرى أن يقال إلا أن يقر بعد أمن العقوبة أو يخبر بأمر يعرف به وجهه ما أقرب به .. كأن يقول اجترأت أو فعلت فيذكر ما يدل على صدق إقراره .

أشهب ، لا يقطع ولو ثبت على إقراره إلا أن يعين السرقة ويعرف أنها للمسروق منه . وقال سحنون : إن أقر في حبس سلطان يعدل لزمه إقراره ، وكيف ينبغي إذا حبس أهل المظنة ومن يستوجب الحبس وأقر في حبسه أنه لا يلزمه ، قال : وإنما يعرف هذا من ابتلى القضاء .

فأنت ترى من هذا النص أن مالكا وبعض الشيوخ ، عدا سحنون ، لا يقولون بصحة الإقرار الناتج عن التهديد أو مافى معناه . وأما سحنون فإنه يقول : إن الإقرار من شخص من أهل التهم في سجن سلطان لا يحبس إلا بسبب يستوجب الحبس إقرار صحيح ، ومعنى هذا أنه لو كان الإقرار بعد الحبس لمجرد التهمة — وهذا لا يكون من سلطان عادل ، لأن السلطان العادل لا يأخذ الناس بمجرد التهم والدعوى ، بل بقرائن تحيك في النفس وتصلح سبباً لحبس المتهم منعاً لشره وحفظاً لأموال الناس — فإنه لا يؤخذ به .

ويقول ابن راشد البكرى في كتابه اللباب^(١) : « وشرط الإقرار أن يكون طوعاً وأن يتمادى عليه ، وإن أقر بعد أن هدد فقال مالك : لا يؤخذ به ، وقال سحنون : إن كان السلطان يعدل فسجنه فأقر في السجن لزم . قال : ولا يعرف هذا إلا من ابتلى به . وقال ابن القاسم : إذا أخرج المتاع أو القليل لم يلزمه إلا أن يقر بعد أمن من العقوبة ويعرف ذلك ، أو يعزو ويحضر بأمر يعرف وجه ما أقر به » .

وجاء في الشرح الكبير للدردير^(٢) : (وثبتت) السرقة (بإقرار إن طاع) به (وإلا) بأن أكره على الإقرار من حاكم أو غيره ولو بسجن أو قيد (فلا) يلزمه شيء متهما أم لا ، عند ابن القاسم (ولو أخرج السرقة)

(١) لباب اللباب لابن راشد البكرى ص ٢٩٥ .

(٢) الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٣٤٥ .

لاحتمال وصول المسروق إليه من غيره (أو عين القتل) الذي أكره على الإقرار بقتله فأقر وأخرجه . . . لاحتمال أن غيره قتله ، فلا يقطع ولا يقتل إلا أن يقر بعد الإكراه آمناً كما في المدونة . وقال سحنون يعمل بإقرار المتهم بإكراهه وبه الحكم أى إن ثبت عند الحاكم أنه من أهل التهم فيجوز سجنه وضربه ويعمل بإقراره . والأول هو المشهور والأوفق بقواعد الشرع .

وهذا النص يفيد أن المشهور في مذهب مالك أن الإقرار بعد الضرب لا يؤخذ به ، ولم يخالف في ذلك إلا سحنون ، فإنه قال بقبول ذلك بالشرط الذي ذكره من أن الشخص يجب أن يكون متهماً وتقوم القرائن على اتهامه وأن يكون الحبس في ظل سلطان عادل ، لا يأخذ بالمظنة ، بل يعتمد على القرائن القوية .

ثانياً - هل فتوى مالك تعارضه النص :

لأنه مع تسليم أن مالكا يقول بسجن المتهم أو ضربه ، وهو ما روى عن بعض شيوخ المالكية ، فإن هذه الفتوى ليس سندها المصلحة المجردة في مقابلة حديث : «البينة على المدعى واليمين على من أنكر» ، وذلك للأسباب الآتية :

١ - يرى بعض شيوخ المالكية أن سند مالك في الحبس بالتهمة هو النص وليس المصلحة المجردة ، وإذا كان الأمر كذلك فإن النص هو الذي يخصص النص وليس المصلحة .

فقد قال الباجي في المنتقى شرح موطأ مالك^(١) : «وقد روى ابن حبيب عن مطرف : من سرق له متاع فاتهم من جيرانه رجلاً غير معروف ،

(١) المنتقى شرح موطأ مالك ج ٧ ص ٩٦٦ .

أو اتهم رجلاً غريباً ، أنه يسجن حتى يكشف عن حاله ولا يطال حبسه لأن النبي صلى الله عليه وسلم حبس رجلاً اتهمه المسروق منه بسرقة لغيره وقد صحبه في السفر .

وجاء في الطرق الحكمية في السياسة الشرعية لابن القيم (١) : « عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حينما صالح أهل خيبر على أن يحملوا منها ولهم ما حملت ركابهم ولرسول الله صلى الله عليه وسلم الصفراء والبيضاء ، وألا يكتموا شيئاً ، ولا يغيبوا شيئاً ، وكان الحبي بن أخطب حلي ومال ومسك فغيبوه عن المسلمين ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لعم حبي بن أخطب ما فعل مسك حي الذي جاء به من النصير ؟ فقال : أذهبت النفقات والحروب . قال : العهد قريب والمال أكثر من ذلك . فدفعه رسول الله إلى بعض الصحابة فمسه بعذاب ، فأشار إلى خربة هناك فقال : قد رأيت حياً يطوف هنا ، فذهبوا إلى حيث قال فوجدوا المسك في الخربة . »

ولست بصدد بيان صحة هذه الأحاديث أو عدم صحتها ، أو بيان ترجيح ما نسب إلى مالك أو عدم ترجيحه ، وإنما الذي أردته هو بيان أن فتوى مالك على القول بصحة نسبتها إليه ، ليس سندها المصلحة المجردة في مقابلة النص .

٢ — ضرب المتهم مصلحة ملائمة تشهد لها الأصول : وأخيراً نقول :
لأنه على فرض أن ضرب المتهم وسجنه بقصد الاعتراف بما اتهم به هو قول مالك رضى الله عنه ، فإن مالك لم يبين سند هذه الفتوى ، والذين قالوا من المالكية إن سند هذه الفتوى هو المصلحة ، بينوا أنها مصلحة تلائم

تصرفات الشارع ، وتدخل تحت جنس اعتبرته النصوص في الجملة وإن لم يشهد له أصل معين . وفسروا ذلك بأن تقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة أصل كلي وقاعدة قطعية ، وعام أخذ من نصوص الشريعة بطريق الاستقراء المفيد للقطع ، وذكروا النصوص التي تشهد لهذا الأصل وقالوا : إن ضرب المتهم وسجنه يعد جزئياً لهذا الأصل السكلي ، وفرداً من أفراد هذا العام الاستقرائي ، لأن فيه حفظ أموال عامة الناس وهي مصلحة عامة ، وإن كان فيه تفويت مصلحة فرد ، وذلك على فرض أن الضرب أصاب بريئاً ، ويقولون إن ذلك نادر لأن مالكا وغيره لا يقول بالضرب لمجرد التهمة بل إذا قامت القرائن القوية على أن المتهم هو الذي ارتكب الجريمة التي اتهم بها .

وإذا كان الأمر كذلك فإن الذي خصص نص الحديث ليس هو المصلحة المجردة التي رآها المجتهد ، بل هي النصوص التي شهدت للأصل السكلي والقاعدة العامة ، وهو تقديم المصلحة العامة على الخاصة .

وأعود فأكرر أنني لست بصدد بيان أن مناط هذا الأصل السكلي ينطبق أو لا ينطبق على مسألة التهمة بالسرقة ، وإنما الذي أريد أو أوضحه هو أن هذه الفتوى التي قال بها أصحاب مالك ، والتي نسبها البعض إليه لا تدل على أنه أو أحداً من أصحابه ، يقدم المصلحة المجردة على النص . وإنما هي مصلحة شهدت لها أصول شرعية ، واجتمعت النصوص على أن جنسها معتبر للشارع . ومثل هذه المصلحة الكلية لا ينازع أحد في أنها تخصص النص الجزئي ، لأن التخصيص في الحقيقة هو النصوص التي شهدت لجنسها . بل إن هذه المصلحة داخلة في باب القياس عند جمهور الأصوليين ويعبرون عنها بالمناسب الذي اعتبر الشارع جنسه في جنس الحكم . وقد سبق القول في ذلك .

٣ - ولكن هل يمكن القول بأن ضرب المتهم للمصلحة الملائمة يخصص

حديث ، البينة على المدعى واليمين على من أنكر ، حقيقة ؟ الواقع خلاف ذلك . فإن معنى الحديث أنه لا يحكم للمدعى بما ادعاه إلا إذا أقام البينة على دعواه ، فإذا لم يقيم بينة على دعواه ، لم يكن له على المدعى عليه إلا اليمين .

والقائلون بجواز الضرب بالتهمة لم يقولوا إنه يحكم على المتهم بما ادعاه المدعى من إقامة الحد على المتهم أو تضمين المال الذى سرقه دون بينة من المدعى ، فإن مجرد التهمة لا يوجب إقامة الحد قولا واحداً ، وإنما يوجب تعزيز المتهم إذا قامت القرائن القوية لهذه التهمة ، وهذا الضرب كما قال شيوخ المالكية تعزيز للمتهم لينزجر هو ولير تدع غيره ، أو ليعين المتاع فتشهد به البينة لصاحبه ، أو ليتمادى على الإقرار بعد أمنه فيقام عليه الحد . وأما على رأى سحنون فإنه يؤخذ بإقراره ، وليس فى هذا معارضة لقوله : البينة على المدعى واليمين على من أنكر ، ، إذ هذا الحديث يتعرض للحالة الإنكار من المدعى عليه ، لا الحالة الإقرار .

والذى يمكن أن يقال : إن ما يعارض قول سحنون هو قوله تعالى : لا إكراه فى الدين ، وغيره من النصوص التى تجعل الإكراه مفسداً للاعتراف ، إلا أن سحنون يرى أن الإكراه محمول على الإكراه دون حق ، وأما الإكراه بحق فإنه جائز ومقبول عنده كالكافر يسلم تحت ظلال السيوف ، والمدين يكره على بيع ماله وفاء لدين الغرماء .

وبذلك يكون كل ما فعله سحنون أنه استنبط مناط قوله تعالى : لا إكراه فى الدين ، فقال إن المناط فى منع اعتبار آثار الإكراه ، هو أن الإكراه ظلم من المكره ، فإذا كان الإكراه بحق وعدل ، فإن آثاره تترتب عليه . وهو قد قال إن الحبس الذى يصح الإقرار معه هو حبس السلطان العادل . والسلطان العادل لا يحبس إلا بسبب شرعى يوجب الحبس .

وبذلك يكون اجتهاد سحنون اجتهاداً في استنباط مناط النهص ،
أو تفسيراً للنهص في ضوء المعنى المتبادر منه . أو المصلحة التي سيق
لتحقيقها . وليس فيه تقديم مصلحة يراها المجتهد على نص شرعي (١) .

٤ - فتوى مالك ترجيح بين المصالح :

وأخيراً ، فإن الغزالي يرى أن فتوى مالك بضرب المتهم ، والغزالي
لا يقول بها ، ليست مصلحة في مقابلة نص ، وإنما هي من باب الترجيح بين
المصالح المتعارضة . ولذلك نجد الغزالي في شفاء العليل بعد أن يرد كل
مصلحة في مقابلة نص ، يصرح بأن فتوى مالك بضرب المتهم في محل
الاجتهاد ، أنه لا يقطع ببطلان مذهب مالك على القطع فيقول : « فإن قال
قائل : المصلحة الداعية إلى الضرب بالتهمة السرقة والقتل وما يجري
وغيلة خفية .. وقد رأى مالك ذلك فماذا تكلم فيه ؟ .. قلنا . هذه المصلحة
غير معمول بها ... لأنها لم تسلم عن المعارضة بمصلحة تقابلها ... والمانع
في هذا المثال تقابل المصلحة من الجانبين ، وعلى الجملة هذه المسألة في محل
الاجتهاد ، ولسنا نحكم ببطلان مذهب مالك على القطع ، فإذا وقع النظر في
تعارض المصالح كان ذلك قريباً من النظر في تعارض الأقيسة المؤثرة التي
ذكرناها ، (٢) .

(١) واليك ما يقوله الشاطبي في ذلك « فإن قيل : لا فائدة من الضرب ، وهو لو أقر
لم يقبل لإقراره في تلك الحال ؟ فالجواب أن له فائدتين :
إحداها : أن يعين المتاع فتشهد عليه البيعة لربه وهي فائدة ظاهرة . والثانية : أن غيره
قد يزدجر حتى لا يكثر الإقدام فتقل أنواع هذا الفساد . وقد عدله سحنون فائدة ثالثة ،
وهو أنه إذا أقر حالة التعذيب فإنه يؤخذ عنده بما أقر به في تلك الحال ، قالوا وهو ضعيف
فقد قال الله تعالى : « لا إكراه في الدين » ولكن نزل سحنون على من أكره بطريق غير
مشروع ، كما إذا أكره على طلاق زوجته ، أما إذا أكره بطريق صحيح فإنه يؤخذ به
كالكافر يسلم تحت ظلال السيوف فإنه مأخوذ به . وقد تنفق له بهذه الفائدة على مذهب غير
سحنون إذا أقر حالة التعذيب ثم عمداً على الإقرار بعد أمنه فيؤخذ به » . الاعتصام ج ٢
ص ١٢٠ .

وعلى هذا التصوير ، فإن المجتهد يجد أمامه مصلحتين : مصلحة حفظ المال ، وهي مصلحة قطعية ، ومصلحة حفظ النفس وعدم المساس بالشخص أو قطعيه أو ضربه ، وهي مصلحة قطعية أيضاً ، وقد تعارضت هاتان المصلحتان ، لأننا إما أن نضرب بالتهمة فتضيع مصلحة عدم المساس بالمسلم ، ونحفظ المال ، وإما أن نكف عن الضرب بالتهمة ، فتفوت الأموال ، لأن السارق لا يقر على نفسه مختاراً ، وإقامة البينة على السرقات التي تتم في جنح الظلام من عصابات اتخذت ذلك حرفة لها غير متيسر ، وإن تيسر فإن سلطان الدين قد ضعف في نفوس الناس فلا يقدم أحد على أداء الشهادة خوفاً على نفسه وماله من تلك العصابات ، وبذلك تضيع الأموال إذا لم نعزز بالقرائن القوية التي ترجح ارتكاب المتهم للسرقة ، كأن يكون من أهل الفساد والسرقات أو وجد المسروق في جيبه .

والمجتهد يعلم أن الشارع راعى هاتين المصلحتين ، وقد اجتمعتا في نازلة واحدة ، فوجب الترجيح ، فمالك يرى أن مصلحة المحافظة على المال أرجح ، لأن لها صفة العموم ، ومصلحة عدم المساس بالمسلم مرجوحة ، لأن لها صفة الندرة والخصوص ، ذلك أن الذي يعزر هو من قامت القرائن القوية على ارتكابه الجريمة ، ويندر أن ينال الضرب في هذه الحالة برئاً عن السرقة .

وأما الغزالي فيرى أن مصلحة حفظ النفس أرجح من المحافظة على المال ، لأن الشارع قد عهد منه بتقديم مصلحة النفس على المال ، فهو ينظر إلى قيمة المصلحة في ذاتها ، لا إلى عمومها وشمولها . فالمهم عنده أن الضرب قد يصيب بريئاً ، وهو اعتداء على النفس ، والمحافظة على المال وإن كانت مصلحة عامة ، فإنه لا تقابل هذا الاعتداء .

الفقوى السابعة والثامنة : جواز التسعير وتلقي الركبان .

استدل بعض الكهابين في المصلحة على دعوى أن مالكا يقدم المصلحة

على مقتضى الأدلة الشرعية بفتواه بجواز التسعير عند الحاجة ، وبجواز تلقي الركبان إذا كثرت السلع في الأسواق .

والحقيقة أن فتوى مالك في هذين الفرعين ليست فتوى على خلاف النص ، وإنما هي تطبيق للنص ، واستخراج لمناطه بطريق الاجتهاد . ومثل هذا النوع من الاجتهاد يتفق الأئمة على سلوكه ، واستنباط الأحكام بناء عليه . ومقتضاه أن يرد نص بحكم شرعى ، دون أن يدل النص بلفظه على مناط هذا الحكم ، ويكون عمل الفقهاء هو استنباط هذا المنط بطريق الاجتهاد . معتمداً على ما عرف من تصرفات الشارع في التشريع وتقرير الأحكام .

ففي حديث « لا ميراث للقاتل » مثلاً دل النص على حكم هو المنع من الميراث للقاتل ، دون أن يبين مناط هذا المنع ، فاجتهد الفقهاء في تعيين هذا المنط . فمن قائل : بأن المنط المتبادر من لفظ الحديث هو التعدى على الأرواح والجناية دون حق ، ومن ثم فلم يمنع القاتل بحق أو قصاصاً ، ولم يمنع القاتل غير المسكف ، ومن قائل : إن المنط هو أنه قتل متعمداً ومن ثم فلا يمنع القاتل خطأ ، ومن قائل : إنه قتل مضمون بقصاص أو دية أو كفارة ، ومن قائل : إن المنط أنه قتل مطلقاً . وهكذا نجد الفقهاء يختلفون في مناط حكم المنع من الميراث على وجه التحديد ، وبذلك يحددون نطاق تطبيق الحكم الشرعى ، ويحصرونه في دائرة هذا المنط . ولا يقال إن في ذلك إخراجاً من النص بالمصلحة ، وإليك عبارات العلماء في تجويز هذا النوع من الاجتهاد :

١ — يقول الشافعى رضى الله عنه في الرسالة^(١) : « كل حكم لله أو

لرسوله وجدت عليه دلالة فيه ، أو في غيره من أحكام الله أو رسوله ، بأنه حكم به لمعنى من المعانى ، فنزلت نازلة ليس فيها نص حكم ، حكم فيها حكم النازلة المحكوم فيها إذا كانت في معناها .

فالشافعى يقرر أن للفقيه أن يستنبط المعنى أو الحكمة أو المصلحة التى حكم الشارع لأجلها ، من الحكم نفسه أو من غيره من أحكام الله تعالى أو أحكام رسوله ، ثم يفسر النص على ضوء هذه الحكمة فيخرج منه ما لا توجد فيه المصلحة أو الحكمة التى قصد بالنص تحقيقها ويلحق به كل ما توافر فيه هذا المعنى .

٢ - ويقول الشاطبى فى الموافقات ^(١) : « إن الأصوليين قاعدة هى أن المعنى المناسب إذا كان جلياً سابقاً للفهم عند ذكر النص صح تحكيم هذا المعنى فى النص ، بالتخصيص له ، والزيادة عليه ، ومثلوا ذلك بقوله عليه السلام « لا يقضى القاضى وهو غضبان » فمنعوا - لأجل معنى التشويش - القضاء مع جميع المشوشات وأجازوا مع ما لا يشوش من الغضب . »

فهذا النص يفيد أن للفقيه أن يستنبط المعنى أو الحكمة أو المصلحة التى قصد الشارع تحقيقها من النص ، فإذا ما توصل إلى المعنى المناسب أو المصلحة فإنه يفسر النص فى ضوء هذه المصلحة فيخرج منه ، ويضيف إليه من حيث الصيغة فقط ، وذلك لأن ما أخرجه ليس داخلًا فى معنى النص شرعاً وإن اقتضاه لغة ، وما أدخله دل عليه النص بمعقوله . فالإخراج والزيادة من الصيغة بمقتضى دلالتها فى اللغة ، لا بمقتضى قصد الشارع منها .

٣ - يقول الغزالى فى شفاء العليل ^(٢) بعد أن ذكر كثيراً من أمثلة هذا النوع من الاجتهاد ، ونسب القول به إلى جميع الأئمة : « فهذه آراء مختلفة

(١) الموافقات للشاطبى ج ١ ص ٨٩ .

(٢) شفاء العليل ص ٦٠ .

بعضها في الزيادة على المنصوص ، كما في الوصية ، وبعضها في النقصان من المنصوص من حيث الصيغة ، كما ذكرناه ، ومستند الزيادة والنقصان معنى فهم من نفس النص وحظ الأصولي من ذلك أن شيئاً من هذه المسالك ليس مبطلًا لأصل التعليل الذي وقع التنبيه عليه بإضافة الحكم إلى القتل . ولكن رجوع حاصل النظر إلى أن الحكم منوط بالقتل لعينه ، أو لمعنى يتضمنه ، وإن نيط به معنى يتضمنه فما عين هذا المعنى وحده ، وقد اشتمل على معان ؟ وكل ذلك في محل الاجتهاد وليس خارجاً عنه .

ثم يورد الغزالي اعتراضاً على نفسه ويحيب عليه فيقول (١) : « فإن قيل : إن من مشهور كلام الأصوليين أن كل علة مستنبطة من أصل عكرت على الأصل بالتخصيص فهي باطلة ، فإن من شرط التعليل للحكم ألا يتضمن تغيير الحكم المنصوص عليه . . . قلنا المكملات التي تداولتها الألسنة لا سبيل إلى تقليدها دون البحث عن مداركها وأدلتها ، وإنما اتباع صورتها دأب العجزة ... (الذين) لازموا بحكم القصور والعجز حضيض التقليد ، وركنوا إلى ما تداولته الألسنة من غير غوص على خفايا أسرارها . . . » ثم بدأ يحيب على الاعتراض فقال : « إنا أظهرنا من تصرفات العلماء في الإرث للقاتل النقصان من المنصوص بالمعنى المعقول منه ، وأمثلة ذلك كثيرة . . وبعد أن مرد كثيرًا من الأمثلة ومنها منع القتل للميراث قال : « إذا قال : القاتل لا يرث فالسابق إلى الفهم من هذه الجناية على الروح والتعدي بالقتل ، فسبق هذا المعنى من اللفظ فيما يجرى هذا المجرى ، فتحكم في النقصان والزيادة وتفسير الحكم إلى الخصوص من العموم ، وإلى العموم من الخصوص جائز على نسق واحد من حيث إن من منع العلة التي تعكرك على الأصل بالتخصيص منع من حيث إن القياس ليس تفسيراً للألفاظ فيجب معرفة الحكم أولاً . ثم طلبت علته ، وهذا فيما يتقدم فيه الحكم في الفهم على العلة والمعنى ،

فلا يكون المعنى قرينة . فالمعنى في هذه الأمثلة ونظائرها سابق إلى الفهم وهو قائم مقام القرينة المفسرة للفظ المقررة لمعناه في الفهم فلم يكن من ذلك القليل ... وحاصله يرجع إلى تخصيص اللفظ بقرينة ، ولكن صار المعنى المفهوم السابق إلى الفهم قرينته .

وقد أطلت على القارىء في هذا الخصوص لأبرهن على أن استنباط المصلحة أو الحكمة التي شرع الحكم لتحقيقها من النص نفسه ، ثم تفسير النص في ضوء هذه العلة والمصلحة ، ضرب من ضروب الاجتهاد التي اعتمدها كل الأئمة ، وأنه ليس فيها عمل بمصلحة أو حكمة على خلاف النص ، وإنما فيها تطبيق للنص نفسه ، وتفسير له بالمعنى المناسب أو المصلحة السابقة إلى الفهم من ذات النص لا من خارج .

فإذا تقررت هذه القاعدة فنقول : إن جواز التسعير عند الحاجة ، وجواز تلقى الركبان إذا كثرت السلع من هذا القبيل . وبيان ذلك .

أولاً : روى أنس رضى الله عنه قال : « غلا السعر في المدينة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال الناس يا رسول الله سعر لنا ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : إن الله هو المسعر القابض الباسط الرازق ، إنى لأرجو أن ألقى الله وليس أحد فيكم يطلبني بمظلمة في دم ولا مال ،^(١) فقال مالك وكثير من الفقهاء إن مناط امتناع الرسول عليه السلام عن التسعير ليس هو كونه تسعيراً ، وإنما لما فيه من الظلم للتجار ، وهو يرجو أن يلقي الله وليس أحد يطلبه بمظلمة ، وهذا يعني أن ارتفاع السعر لا يد للتجار فيه ، وإنما كان نتيجة طبيعية لقانون العرض والطلب . وفي هذه الحالة لا يجوز التسعير لأنه ظلم للتجار ، وهم لم يفعلوا شيئاً من جانبهم لرفع السعر ، وإنما هي ظروف العرض والطلب ، فهم يبيعون بسعر المثل ،

(١) رواه الحسة إلا النسائي .

لا يستغلون حاجة المستهلك ، ولا يحتكرون الطعام جشعاً منهم . وإذا كان هذا هو مناط المنع ، فعلى الفقيه أن يفتى بالمنع من التسعير إذا لم تدع الحاجة إليه ، بأن كانت السلع متوفرة في الأسواق ، تباع بسعر المثل دون ظلم أو جشع . أما إذا لجأ التجار إلى الحيل والاحتكار ، وأخفوا السلع طمعاً في الكسب المحرم ، والربح الخبيث ، مستغلين حاجة العامة إلى الطعام ، فإن الفقيه يفتى بجواز التسعير للإمام ، رفعاً لهذا الظلم ، وإجباراً للتجار على العدل . ولا يقال إن التسعير في هذه الحالة منهي عنه ، ذلك أن مناط النهي غير متحقق في هذه الحالة ، لأن ارتفاع السعر هنا بفعل التجار ، والثمن يزيد على المثل . فالاجتهاد في هذا الفرع كما ترى من قبيل تفسير النص في ضوء المعنى أو المصلحة المتبادرة من النص نفسه ، وليس فيه تخصيص نص بمصلحة بالمعنى المتبادر من التخصيص ، ولا عمل بمصلحة يراها الفقيه في مقابلة نص حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم (١) .

ثانياً : جواز تلقي الركبان إذا كثرت السلع : جاء النهي عن تلقي الركبان حتى يهبطوا بالتجارة إلى الأسواق ، واتفق الفقهاء على أن مناط هذا النهي ليس كونه تلقياً ، واختلفوا بعد ذلك في تحديد هذا المنط ، أو المصلحة التي كان النهي عن التلقي تحصيلها . فبينما يرى البعض أن النهي قد قصد به مصلحة أهل السوق عامة وتوفير السلع لهم ، ومن ثم فلا يتحقق مناط هذا الحديث إذا كثرت السلع ، واعتدلت الأسعار ، ووجد كل فرد السلعة التي يريد بها بالسعر المعقول . ومن قائل إن المصلحة التي قصد بالنهي تحقيقها هي المحافظة على السلع الضرورية لعامة الناس كالطعام والضروريات دون المواد الكمالية ، ومن ثم فلا يمنع التلقي إذا كان القصد منه شراء ما لا يرغب فيه العامة وليس ضرورياً لمجهور المسلمين . ومن قائل إن النهي قد قصد به حماية البائع نفسه ، لأنه يجمل الأسعار فربما باع بسعر بخس ، وقووا ذلك بزيادة

وردت في بعض الأحاديث تعطى للبائع الخيار ، وهذه هي رواية أبي هريرة رضي الله عنه قال : لا تملقوا الجلب فمن تلقى منه شيئاً فاشتره فصاحبه بالخيار إذا أتى السوق (١) . وعلى هذا فإذا كان صاحب السلعة قد علم بسعر السوق ، أو باعها بسعر المثل أو أزيد منه فلا يتحقق مناط الحديث فلا يمنع التلقي ولا يثبت الخيار . بل يقرر الجويني من الشافعية أن مناط التحريم أن يكذب المتلقي في سعر البلد ، ويشتري منهم بأقل من ثمن المثل ، وشرط المتولى أن يخبرهم بكثرة المؤونة عليهم في الدخول (٢) .

وهذا كله اجتهاد في استنباط المصلحة أو الحكمة التي قصد بالحكم تحقيقها ، فإذا توصل إليها المجتهد فسر النص في ضوءها . وكل فقيه قال بمناط أو بمعنى مناسب غالب على فهمه من النص ، وليس في شيء من هذا الاجتهاد تقديم مصلحة مجردة على نص شرعي كما ترى ، وإنما هو إعمال للنص ، وتفسير له بالمعنى المناسب المتبادر منه ، أو بالقرائن المحتفة به التي تشير إلى المصلحة التي قصد به تحقيقها ، أو الحكمة التي شرع من أجلها . وكثير من الفروع التي حسنها بعض الكتاب تقديماً لمصلحة على نص ، تدخل تحت هذا النوع من الاجتهاد .

بقي أن نتساءل هل يطلق على هذا النوع من الاجتهاد مصلحة مرسلة ، أم يسمى استنباط المناط وتحديد نطاق تطبيق الحكم بهذا المناط ؟

يرى بعض شيوخ المالكية أن هذا النوع من الاجتهاد يسمى مصلحة مرسلة ، فالقرافي يصرح بأن الفقيه إذا اعتمد على المعنى المناسب المتبادر من النص في الإخراج من النص أو الإدخال فيه ، أو كما عبر هو . في الجمع والفرق ، كان مستدلاً وقائلاً بالمصلحة المرسلة . ذلك أن هذا المعنى

(١) رواه الشيخان .

(٢) الشوكاني على منتقى الأخبار ج ٥ ص ١٤٢ .

المناسب الذى به قاس الفقيه واقعة على أخرى ، أو فرق به بين واقعيتين ، لم يرد نص من الشارع باعتباره علة للحكم الذى قاس عليه . وإنما استنبطه الفقيه من النص باجتهاده معتمداً على ما عرف من عادة الشرع وعهد عنه فى التفريع وتشريع الأحكام . وإليك عبارة القرافى فى هذا المقام :

يقول رضى الله عنه فى شرح تنقيح الفصول^(١) : « وأما المصلحة المرسلة فالمنقول أنها خاصة بنا ، وإذا اقتضت المذاهب وجدتهم إذا قاسوا أو جمعوا أو فرقوا بين المسألتين لا يطلبون شاهداً بالاعتبار لذلك المعنى الذى به جمعوا أو فرقوا ، بل يكتفون بمطلق المناسبة ، وهذا هو المصلحة المرسلة . فهمى حيثئذ فى جميع المذاهب . »

فأنت ترى أن القياس بين المجتمعين ، أو الفرق بين المختلفين ، بالمعنى المناسب المتبادر من اللفظ يسمى مصلحة مرسلة عند القرافى ، وإذا كان قصده بالمصلحة المرسلة هذا المعنى ، فإن نسبة القول بها إلى جميع أئمة المذاهب نسبة صحيحة .

ولقد أدخل بعض كتاب الأصول الأحناف أيضاً هذا النوع من الاجتهاد فى المصالح المرسلة كما فعل القرافى المالكي ، أما جمهور الأصوليين فإنهم يسمونه الإخالة ، أو استخراج المناط بطريق الاجتهاد ، ولقد نبه الغزالي والشافعي على أن المناسب أو المصلحة التى تستنبط بهذا الطريق تصلح مفسرة للنص بالإخراج منه والإضافة إليه ، بشرط واحد ، هو أن يكون هذا المعنى أو المصلحة متبادراً من اللفظ^(٢) .

(١) شرح تنقيح الفصول ١٧١ .

(٢) راجع شرح التلويح على التوضيح ٢ : ٧١ يقول صدر الشريعة : « وإذا وجدت الملازمة يصح العمل ولا يجب هتدنا ، بل يجب إذا كانت مؤثرة ، وعند بعض الشافعية يجب العمل بالملائم بشرط شهادة الأصل ، وعند البعض بمجرد كونه تخيلاً ، وهذا يسمى بالمصالح المرسلة ، أى الأوصاف التى تعرف عليها بمجرد كونه تخيلاً تسمى بالمصالح المرسلة » .

الفتوى الثامنة والعاشرة : الأكل من الغنيمة ، وقطع نبات الحرم .

وأخيراً ، فإن بعض الكتاب يستدلون بفتوى مالك بجواز الأكل من الغنيمة ، وقطع الشوك المؤذى للناس في الحرم على أنه رضى الله عنه يقدم رعاية المصلحة على نص الكتاب والسنة . والحق أن فتوى مالك في هذين الفرعين فتوى بمصلحة يشهد لها الأصل المعين ، فليس فيها تقديم مصلحة مجردة على نص شرعى ، وغاية الأمر أن فيها تخصيص نص شرعى بنص آخر ، إذ الحكم في القياس يؤخذ من معقول النص الذى أثبت حكم الأصل .

١ - أما عن قطع الشوك الذى يؤذى الجميع في الحرم ، فإنه قد أخذ بطريق القياس على قتل الفواسق الخمس بجامع الإيذاء في كل من الأصل والفرع ، فيكان حديث قتل الفواسق الخمس في الحرم هو الدال بمعقوله على جواز قطع الشوك المؤذى ، وهو الذى يخصص قوله عليه السلام « ولا ينفر صيدها ، ولا يختلى شوكها ، وليس فيه تقديم عمل بمصلحة مجردة على حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم .

٢ - وأما بالنسبة لجواز الأكل من الغنائم قبل القسم فإنه ليس قولاً للمالك وحده وإنما هو الراجح عند الشافعية والحنفية أيضاً (١) .

وسند هذه الفتوى هو المصلحة التى يشهد لها النص المعين والتى يرجع

(١) راجع المذهب لأبى إسحاق الشيرازى ٢ : ٢٤٠ يقول : « ويجوز ذبح ما يؤكل للأكل . ومن أصحابنا من قال : لا يجوز ، والمذهب الأول ، لأنه مما يؤكل في العادة فهو كسائر الطعام » . وقال النووي في المنهاج : « للعلماء التيسير في الغنيمة — قال المحلى — أى قبل القسم ، بأخذ القوت وما يصلح به ولحم وشحم ، وكل طعام يعتاد أكله عموماً ، وعلف الدواب تبناً وشعيراً ونحوهما وذبح حيوان ما كول للجمعة » المحلى على المنهاج ج ٤ : ٢٢٢ . ويقول السرخسى في الميسوط ١٠ : ٢٢ « إذا تحققت الحاجة والضرورة فلا بأس بأن يفعل ذلك في دار الحرب بغير ضمان وفي دار الإسلام بشرط ضمان النقصان » .

حاصلها إلى القياس . وبيان ذلك أن جواز الأكل من الطعام كالعسل والعنب والفواكه ثابت بالسنة الصحيحة ، فقياس عليه مالك ذبح الحيوان من الإبل والبقر والغنم لأكله ، بجامع أنها طعام تشتد إليه الحاجة . وإذا كانت المصلحة في ذبح الإبل والبقر والغنم مصلحة يشهد النص لعينها ، فإن المخصص لنصوص الغلول ومنع الأخذ من الغنائم هو هذا النص الذي أثبت حكم الأصل .

وإليك عبارة الزرقاني على الموطأ لتعلم منها أن هذه الفتوى سندها المصلحة التي تستند إلى الأصل الشرعي يقول^(١) :

« قال مالك : لا أرى بذلك بأساً أن يأكل المسلمون ، إذا دخلوا أرض العدو من طعامهم ما وجدوا من ذلك كله قبل أن تقع المقاسم ، لما في الصحيح عن ابن عمر : كنا نصيب في مغازينا العسل والعنب ، زاد أبو نعيم ، والفواكه ، والإسماعيلي ، والسمن ، فنأكله ولا نرفعه . وإلى هذا ذهب الجمهور وإلى أنه يجوز أكل القوت وما يصلح به كل طعام يعتاد أكله عموماً ، والمعنى فيه أن الطعام يندر في دار الحرب فأبيح للضرورة وإن لم تكن الضرورة ناجزة » ثم قال : « قال مالك : وإنما أرى الإبل والبقر والغنم بمنزلة الطعام بجامع أن كلا ما كول ، فيجوز ذبحه الأكل بشرط الحاجة . ولو أن ذلك لا يؤكل حتى يحضر الناس المقاسم ويقسم بينهم أضر ذلك بالجوش . فلا أرى بأساً بما أكل من ذلك كله على وجه المعروف والحاجة إليه ، فلا يجوز بلا حاجة » .

فأنت ترى من هذا النص أن فتوى مالك بجواز ذبح الإبل والغنم والبقر للأكل عند الحاجة فتوى أساسها المصلحة المؤيدة بما ورد في الصحيح من

(١) الموطأ ج ٢ : ص ٣٠٠ .

أن الصحابة كانوا يأكلون من الطعام قبل القسم ولا يرفعونه ، والنبي عليه الصلاة والسلام أقرهم على ذلك ، والإبل والبقر والغنم في معنى الطعام عند مالك رضى الله عنه عند الحاجة والضرورة . فليس الأكل من المصالح الغريبة التي لا تعتمد على الأصول الشرعية .

الفرع الثاني

رد شبه من زعم أن مالكاً يترك خبر الواحد بالمصلحة

زعم بعض المكاتبين في المصلحة أن المالكية يقدمون المصلحة التي لا يشهد لها أصل بالاعتبار على خبر الأحاد . وفي ذلك يقول الدكتور معروف الدواليبي في كتابه المدخل إلى علم أصول الفقه^(١) : « والطائفة الثالثة تأخذ بالمصلحة المرسلة ، ولو لم يكن لها في الشريعة أصل يشهد لها بالاعتبار ، غير أنهم يقفون بها موقف المعارضة للنصوص التي لا تكون قطعية ، سواء في دلالتها كتحصيل العام في القرآن أحياناً بالمصلحة المرسلة ، أو في ثبوتها كتحصيل خبر الأحاد بالمصلحة المرسلة ، وقد أخذ بذلك المالكية . »

ولم يقدم هذا المكاتب أمثلة من فقه مالك رضى الله عنه يسند بها هذه الدعوى ، وهو لو بحث عن هذه الأمثلة لما وجد منها مثالا واحداً ، ذلك أن النابت عن إمام دار الهجرة ناصر السنة ، أنه لم يترك نص حديث ثبت عنده لمصلحة رآها قط ، إذ لم يكن لهذه المصلحة أصل شرعى يشهد لها بالاعتبار ، إذ ذلك هو القول بالتشهي ، والتشريع بالرأى الذى يبرأ مالك إلى الله منه .

ولكن هذا الباحث قد أشار عند عرضه لهذا الرأى إلى عبارة وردت على لسان أستاذنا أبى زهرة فى كتابه أحمد بن حنبل ، وقد فهم من هذه

(١) نقله صاحب رسالة ضوابط المصلحة ص ١٢٢ .

العبارة أن فضيلته من يقولون بأن مالكا يقدم المصالح التي لا يشهد لها أصل شرعى على خبر الآحاد . وإليك عبارة فضيلة أستاذنا أبي زهرة :

يقول فضيلته عند بيان مذاهب الأئمة في الأخذ بالمصالح المرسلة :

« الطائفة الثانية تأخذ بالمصلحة المرسلة ولو لم يكن لها شاهد بالاعتبار ، ولكنهم يؤخرونها عن النصوص ، فلا يقدمون مصلحة على حديث ولو كان حديث آحاد .. وهؤلاء هم الحنابلة . الطائفة الثالثة : وهى تأخذ بالمصالح المرسلة ، وتقفها موقف المعارضة . وأولئك فريقان أكثر المالكية يأخذون بالمصالح المرسلة ، ويخصصون بها النصوص التي لا تكون قطعية في ثبوتها فيخصصون العام في القرآن أحيانا بالمصلحة ، وتقف المصلحة معارضة لبعض أخبار الآحاد ، وقد يرجح الأخذ بها ، أو يرجح الأخذ بخبر الآحاد ، (١) .

وهناك عبارة أخرى وردت على لسان الشاطبى في الموافقات ربما يفهم من ظاهرها أن مالكا يرد خبر الواحد بالمصالح المرسلة . وإليك هذه العبارة .

« وأنكر مالك حديث إكفاء القدر التي طبخت من الإبل والغنم قبل القسم ، تعويلا على أصل رفع الحرج الذى يعبر عنه بالمصالح المرسلة ، فأجاز أكل الطعام قبل القسم لمن احتاج إليه . . . ونهى عن صيام ست من شوال مع ثبوت الحديث فيه تعويلا على أصل سد الذرائع ، (٢) .

هذا كل ما يمكن لهذا الباحث أن يستند إليه فى دعوى تقديم مالك للمصلحة المرسلة على خبر الآحاد . غير أن هذا لا يفيد شيئا ، ولا يثبت دعواه وذلك للأسباب التى نحملها فيما يأتى :

(١) ابن حنبل ٥٠٣ .

(٢) الموافقات ج ٣ : ٢٢ .

أولاً - العبارة التي أشار إليها المطالب :

قلنا إن الكاتب قد أشار إلى عبارة لفضيلة الشيخ أبي زهرة وردت في كتابه : أحمد بن حنبل . ولعل إشارة الكاتب إلى هذه العبارة تعني أنه قد فهم أن فضيلة الشيخ أبي زهرة يشاركه هذا الرأي . والواقع أن ما فهمه هذا الكاتب غير صحيح . ذلك أن فضيلة الشيخ أبي زهرة قد تعرض لبيان مذهب المالكية في المصلحة بشكل أوسع في كتابه : مالك رضى الله عنه . وقد قرر فضيلته أكثر من مرة أن المصلحة التي يقدمها المالكية على خبر الواحد هي المصلحة التي ترجع إلى أصل قطعي اجتمعت عليه النصوص الشرعية حتى أفادت فيه القطع ، وليس المصلحة التي لا يشهد لها أصل شرعي بالاعتبار كما زعم ذلك الكاتب . بل إن فضيلته يؤكد أن القياس ، وهو مصلحة شهد لها نص معين ، لا يقدم على الخبر مطلقاً عند المالكية ، بل إنما يقدم إذا رجع القياس إلى أصل قطعي . وإليك عبارة فضيلته في كتابه مالك بن أنس يقول (١) :

« لا نقر ما تشير إليه عبارة القرافي ، وهو تقديم القياس على خبر الواحد على الإطلاق . بل نرى أن القياس يقدم على خبر الواحد إذا اعتمد على قاعدة قطعية ، ولم يكن خبر الواحد معاضداً بقاعدة أخرى قطعية ، وإنما قدم القياس في هذه الحال لأن خبر الآحاد يكون معارضاً للنصوص المستنبطة منها هذه القاعدة » .

ويقول (٢) : « كان مالك يرد خبر الآحاد إذا تعارض مع قاعدة من قواعد الشرع المشهورة في الفقه الإسلامي ، التي تكون في حكم المقطوع به ،

(١) مالك بن أنس ٣٠٤ .

(٢) المرجع السابق ٣٠٦ .

كقاعدة لا حرج في الدين ، وقاعدة سد الذرائع ، وغير ذلك من القواعد العامة الثابتة المقطوع بصدقها ، وأنه يرد خبر الآحاد إذا لم يكن يعتمد على قاعدة ، إن لم تعاضده قاعدة أخرى ، .

فأنت ترى أن فضيلة الشيخ أبي زهرة لا يرى أن مالكا يقدم المصلحة التي لا يشهد لها أصل بالاعتبار على خبر الآحاد ، بل لا يقدم القياس الذي يشهد له الأصل المعين عليه إلا إذا اعتمد هذا القياس على أصل قطعي مأخوذ من نصوص الشريعة بطريق الاستقراء ، ولم يكن هناك أصل قطعي يرجع إليه خبر الآحاد . وأن فضيلته يؤكد أنه إذا قدم القياس أو المصلحة التي ترجع إلى أصل قطعي على خبر الواحد الذي لا يشهد له أصل قطعي ، فإن المقدم في الحقيقة هو النصوص القطعية التي شهدت لهذا الأصل ، وليس المصلحة أو القياس . وبذلك لا يبقى لهذا الكاتب متعلق في كلام فضيلة الشيخ أبو زهرة ، وتبين أن فضيلته لا يشاركه القول بأن المالكية يقدمون المصلحة التي لا يشهد لها أصل بالاعتبار على خبر الواحد ، بل إنهم يقدمون المصلحة التي تشهد النصوص لجنسها بالقطع على خبر الواحد الذي لا يرجع إلى قاعدة قطعية ، وأن المقدم في الحقيقة ونفس الأمر ، ليس هو المصلحة ، وإنما هو النصوص الكثيرة التي شهدت لجنس هذه المصلحة بالاعتبار .

ثانياً : أما قول الشاطبي إن مالكا أنكر حديث إكفاء القدور التي طبخت من الإبل والغنم قبل القسم ، تعويلاً على أصل رفع الحرج الذي يعبر عنه بالمصالح المرسلّة ، فهو لا يفيد أن مالكا يقدم المصلحة التي لا يشهد لها أصل شرعي بالاعتبار على خبر الآحاد وذلك للأسباب الآتية :

١ - لأن المصلحة المرسلّة عند مالك هي المصلحة الملائمة ، وقد فسر الشاطبي الملائمة مرة بدخول المصاحبة تحت جلس اعتبره الشارع في الجملة بغير دليل معين ، ومرة أخرى برجوع المصلحة إلى أصل كلّ لم يشهد له

نص معين ، ولكننه ملائم لتصرفات الشارع ، وماخوذ معناه من أدلته ، ثم يقول إن الفرع في الاستدلال المرسل وإن لم يشهد له أصل معين فقد شهد له أصل كلي ، والأصل الكلي إذا صار قطعياً قد يساوى الأصل المعين وقد يربى عليه .

وعلى هذا فليست المصلحة التي تقدم على خبر الواحد هي المصلحة التي لا يشهد لها الأصل الشرعي ، بل هي المصلحة التي شهدت لها أصول قطعية وإن كانت شهادة هذه الأصول لجنس المصلحة وليست ليغنها .

٢ - لأن الشاطبي ذكر هذه العبارة عند الحديث على التعارض بين الدليل القطعي والدليل الظني ، وقد تطرق من هذا إلى بيان حكم التعارض بين القواعد أو الأصول الشرعية التي أخذت من إدلة شرعية أفادت القطع في مجموعها وبين نوع من الأدلة الظنية هو خبر آحاد . ثم بين مذاهب الأئمة في الأخذ بخبر الواحد الوارد على خلاف الأصول القطعية ، فذكر أن الشافعي يحتج بخبر الواحد وإن خالف الأصول الكلية إذا تكاملت شروط الأخذ به عنده ، ثم نقل عن مالك وأبي حنيفة أنهما يردان خبر الواحد المخالف للأصول القطعية ، وذكر ما يدل على هذا من فقه هذين الإمامين الجليلين . وحيث إن المصلحة المرسلة أصل كلي قطعي عند المالكية يرجع إلى النصوص الشرعية التي تشهد لجنس المصلحة المأخوذ بها في الفرع ، فإن التعارض بينها وبين خبر الواحد يدخل تحت التعارض بين الأصول القطعية وخبر الواحد^(١) . وليس فيه على هذا رد خبر الواحد بمصلحة لا يشهد لها أصل شرعي كما ذكر هذا الباحث .

(١) ولذلك يقول الشاطبي رضي الله عنه : « وأما الثالث : وهو الظن المعارض لأصل قطعي ، لا يشهد له أصل قطعي فردود بلا إشكال ، ومن الدليل على ذلك أمران : أحدهما : أنه يخالف لأصول الشريعة ، ويخالف أصولها لا يصح ، لأنه ليس منها ، وما ليس من الشريعة كيف يعد منها ؟ والثاني : أنه ليس له ما يشهد بصحته ، وما هو كذلك ساقط الاعتبار... فإذا تقرر هذا فقد فرضوا في كتاب الأخبار مسألة مختلفاً فيها ، ترجع إلى الوفاق =

وإذا كان مالك رضى الله عنه يرد خبر الواحد المخالف للأصول القطعية ومنها المصلحة المرسله عنده ، فإنه لم يكن مبتدعاً وإنما كان متبعاً . فإن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم قد ردوا أخبار الآحاد التي رويت لهم مخالفة الأصول وضعفوا بذلك نسبتها إلى الرسول عليه السلام . ومن ذلك :

١ - رد عائشة رضى الله عنها لحديث « إن الميت ليغذب ببكاء أهله عليه » ، لأنه ورد مخالفاً لأصل كل دل عليه قوله تعالى « ألا تزر وازرة وزر أخرى » ، وأن ليس للإنسان إلا ما سعى .

٢ - ردت عائشة حديث رؤية النبي صلى الله عليه وسلم لربه ليلة الإسماء لمخالفته للأصل السكلى المأخوذ من قوله تعالى « لا تدركه الأبصار » ، وإن كان عند غيرها غير مردود لاستناده إلى أصل آخر لا يناقض الآية ، وهو ثبوت رؤية الله تعالى فى الآخرة بأدلة قرآنية وسنية تبلغ القطع ، ولا فرق فى صحة الرؤية بين الدنيا والآخرة .

٣ - رد عائشة وابن عباس خبر أبى هريرة فى غسل اليدى قبل إدخالهما الإناء ، استناداً إلى أصل مقطوع به ، وهو رفع الحرج ومالا طاقة به عن الدين . فلذلك قالوا : « فكيف يصنع بالمهراس ؟ » (١) .

٤ - رد عائشة خبر ابن عمر فى الشؤم . وقولها : « إنما كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يحدث عن أقوال الجاهلية » ، لمعارضته الأصل القطعى : أن الأمر كله لله ، وأن شيئاً من الأشياء لا يفعل شيئاً ، ولا طيرة ولا عدوى ، وقد اختلفوا على عمر بن الخطاب حين خرج إلى الشام ،

= فى هذا المعنى ، فقالوا : خبر الواحد إذا كملت شروط صحته هل يجب عرضه على الكتاب أم لا ؟ .

(١) المهواس هو ما يسع ماء كثيراً .

فأخبر أن الوباء قد وقع بها ، فاستشار المهاجرين والأنصار ، فاختلفوا عليه
إلا مهاجرة الفتح ، فإنهم اتفقوا على رجوعه ، فقال أبو عبيدة : « أفرار من
قدر الله ؟ ، فهذا استناد في رأى اجتهدى إلى أصل قطعى ، قال عمر :
« لو غيرك قالها يا أبا عبيدة : نعم نفر من قدر الله إلى قدر الله ، ثم مثل
ذلك برعى العدو المجدة والعدوة المخصبة ، وأن الجميع بقدر الله ، ثم أخبر
بحديث الوباء الحاوى لاعتبار الأصلين .

وإذا كان هذا هو صنيع الصحابة رضى الله عنهم ، ومالك من أشد
الائمة اتباعاً للصحابة ، فإنه قد اعتمد هذا الأصل وطبقه في اجتهاده وذلك
يظهر مما يأتى :

١ - قول مالك في حديث غسل الإناء من ولوغ الكلب سبعاً : « جاء
الحديث ولا أدري ما حقيقته ؟ وكان يضعفه ويقول : « يؤكل صيده ،
فكيف يكره لعابه ؟ فالحديث عنده مخالف لأصل قطعى وهو طهارة فيه ،
وأن التراب لم يعتبر في الطهارة ، وكذلك العدد .

٢ - قوله في حديث خيار المجلس بعد أن ذكره « وليس لهذا عندنا
حد معروف ولا أمر معمول فيه ، إشارة إلى أن المجلس مجهول المدة ،
ولو شرط أحد الخيار مدة مجهولة لبطل إجماعاً ، فكيف يثبت بالشرع حكم
لا يجوز شرطاً بالشرع ، فقد رجع إلى أصل إجماعى . وكذلك قاعدة
الغرر والجهالة قاعدة قطعية ، وهى تعارض هذا الحديث .

٣ - إهمال مالك اعتبار حديث « من مات وعليه صوم صام عنه وليه ،
وقوله : « رأيت لو كان على أهلك دين ، ، لمنافاته للأصل القرآنى الكلى
وهو قوله تعالى « ألا تزر وازرة وزر أخرى وأن ليس للإنسان الا ما سعى ،
كما اعتبرته عائشة في حديث ابن عمر .

٤ - إفسكار مالك - كما ذكرنا - لحديث إكفاء القدور التى طبخت

من الإبل والغنم قبل القسم ، تعويلاً على أصل رفع الحرج الذى يعبر عنه بالمصالح المرسله ، فأجاز أكل الطعام قبل القسم لمن احتاج إليه . وذلك لأن المصالح المرسله عنده من الأصول القطعية ، لأن الفرع ، وإن لم يشهد له أصل معين ، فقد شهد له أصل كلى أخذ من نصوص الشريعة التى تفيد فى مجموعها القطع ، وليست المصلحة عنده هى المصلحة المجردة عن الأصل الشرعى ، كما وهم البعض ، إذ أن مثل هذه المصلحة لا تصلح حجة عند مالك فضلاً عن أن يترك بها خبر الواحد .

هـ - نهى مالك عن صيام ست من شوال مع ورود الحديث : « من صام رمضان وأتبعه بست من شوال كان كصيام الدهر »^(١) وذلك عملاً بقاعدة سد الذرائع ، وهى قاعدة قطعية كما سيأتى ، ودليلها نصوص كثيرة تفيد القطع فى مجموعها .

وأما أبو حنيفة فالمشهور عنه أنه يرد خبر الواحد المخالف للأصول القطعية . قال ابن عبد البر : « كثير من أهل الحديث استجازوا الطعن على أبى حنيفة لرده كثيراً من أخبار الآحاد العدول ، لأنه كان يذهب فى ذلك إلى عرضها على ما اجتمع عليه من الأحاديث ومعانى القرآن ، فما شذ عن ذلك رده وسماه شاذاً . وقد رد أهل العراق مقتضى حديث المصراة وهو قول مالك ، لما رآه مخالفاً للأصول ، فإنه قد خالف أصل « الخراج بالضمين ، ولأن متلف الشيء إنما يغرم مثله أو قيمته ، وأما غرم جنس آخر من الطعام أو العروض فلا . وقد قال مالك فيه إنه ليس بالموطأ ولا الثابت ، وقال به فى القول الآخر ، شهادة بأن له أصلاً متفقاً عليه يصح رده إليه . بحيث لا يضاد هذه الأصول الآخر ، .

ويقول الزنجاني فى تخريج الفروع على الأصول^(٢) : « خبر الواحد إذا

(١) أخرجه مسلم والترمذى ، وأبو داود والنسائى .

(٢) تخريج الفروع على الأصول ص ١٩٥ .

خالف قياس الأصول يقدم على القياس عند الشافعي رضى الله عنه . وذهب
الحنفية إلى تقديم هذا عليه ، ثم بين حجة الشافعي والحنفية ، ورد بعض
الفروع التي اختلف فيها الشافعي والأحناف إلى الخلاف في هذا الأصل .

٣ - وأخيراً ، فإن مالكا لا يرد خبر الواحد المعارض للأصول
القطعية مطلقاً ، بل لأنه يردّه إذا لم يعضده أصل قطعي آخر . قال بن العربي^(١) :
إذا جاء خبر الواحد معارضاً لقاعدة من قواعد الشرع هل يجوز العمل به
أم لا ؟ فقال أبو حنيفة : لا يجوز العمل به ، وقال الشافعي يجوز ، وتردد
مالك في المسألة . قال : ومشهور قوله والذي عليه المعول أن الحديث إن
عضدته قاعدة أخرى قال به ، وإن كان وحده تركه . ثم ذكر مسألة ولوغ
الكلب ، قال : لأن هذا الحديث عارض أصليين عظيمين : أحدهما : قوله
تعالى ، فكلوا مما أمسكن عليكم ، والثاني : أن علة الطهارة هي الحياة وهي
قائمة في الكلب . وحديث العرايا إن صدمته قاعدة الربا عضدته قاعدة
المعروف ، فهذا يفيد أن مالكا رضى الله عنه لا يترك خبر الواحد المخالف
للأصول القطعية إلا في حالة واحدة ، وهي ما إذا لم يعضده أصل قطعي .
وعلى هذا فإن مالكا يرد خبر الواحد المخالف للمصلحة المرسلة القطعية ،
إذا لم يكن راجعاً إلى قاعدة أخرى من قواعد الشرع القطعية .

٤ - وأخيراً ، فإن تقديم القواعد القطعية على خبر الواحد ليس تركا
لخبر الواحد لمخالفته للمصلحة المجردة في الحقيقة ولكن لعدم توافر شروط
العمل به عند مالك وأبي حنيفة رضى الله عنهما . فإن من شروط صحة خبر
الواحد عندهم ألا يعارض الأصول القاطعة التي اجتمعت عندهم من الأحايث
الأخرى ومعاني القرآن . فإذا عارض الخبر هذه الأصول ضعفت نسبته
إلى النبي صلى الله عليه وسلم فترك لذلك ، لا لتقديم المصلحة عليه . وفرق

بين القول بأن الفقيه ترك دليلاً شرعياً للمصلحة ، وبين القول بأن هذا الفقيه ترك هذا الدليل لأنه فقد شرطاً من الشروط اللازمة في كونه دليلاً عنده .

والخلاصة أن دعوى بعض الكتّابين أن مالكا يقدم المصلحة التي لا يشهد لها أصل بالاعتبار على خبر الواحد دعوى لا يسند لها دليل . إذ أن مالكا رضى الله عنه لم يقل بمصلحة لا تشهد لها الأصول فضلاً عن أن يترك بهذا النوع من المصالح أخبار الآحاد ، وغاية الأمر أن مالكا رضى الله عنه يرى أن ورود خبر الآحاد على خلاف القواعد القطعية قاذح في صحة الخبر ومضعفاً نسبته إلى الرسول عليه الصلاة والسلام .

الفصل الثاني

أصل اعتبار المآل

وفي هذا الفصل نعرض لبيان مضمون هذا الأصل ، والأدلة التي قدمها الشاطبي على اعتبار الشارع له ، والالتفات إليه في التفريع وتشريع الأحكام ، وذلك في مبحث أول .

وفي مبحث ثان نتكلم عن أهم طرق الاجتهاد التي ترجع إلى هذا الأصل ، وهي الاستحسان ، والذرائع ، ومنع التحيل ، وهي الطرق التي قال الشاطبي إنها ترجع إلى أصل اعتبار المآل في الأفعال ، محددين معاني هذه الطرق ، والأدلة على اعتبارها ، ووجه رجوعها إلى هذا الأصل ودخولها تحته .

المبحث الأول

مضمون الأصل وأدلة اعتباره

وهذا المبحث ينقسم إلى فرعين :

الفرع الأول : في بيان مضمون هذا الأصل كما ذكره الشاطبي رضي الله عنه .

الفرع الثاني : في إقامة الأدلة على اعتبار الشارع لهذا الأصل .

الفرع الأول

مضمون أصل اعتبار المآل

يقول الشاطبي في بيان مضمون هذا الأصل : « النظر في مآلات

الأفعال معتبر مقصود شرعاً ، كانت الأفعال موافقة أو مخالفة . وذلك أن المجتهد لا يحكم على فعل من الأفعال الصادرة من المكلفين بالإقدام أو بالإحجام إلا بعد نظره إلى ما يؤول إليه ذلك الفعل . فقد يكون مشروعاً لمصلحة فيه تستجلب ، أو لمفسدة تدراً ، ولكن له مآل على خلاف ما قصد منه ، وقد يكون غير مشروع لمفسدة تنشأ عنه أو مصلحة تدفع به ، ولكن له مآل على خلاف ذلك . فإذا أطلق القول في الأول بالمشروعية فر بما أدى استجلاب المصلحة فيه إلى مفسدة تساوى المصلحة أو تزيد عليها ، فيكون هذا مابعاً من إطلاق القول بالمشروعية . وكذلك إذا أطلق القول في الثانى بعدم المشروعية ، ربما أدى استدفاع المفسدة إلى مفسدة تساوى أو تزيد ، فلا يصح إطلاق القول بعدم المشروعية ، وهو مجال للمجتهد صعب المورد ، إلا أنه عذب المذاق ، محمود الغب ، جار على مقاصد الشريعة ، (١) .

فهذا الأصل يلبنى على أن الفعل يشرع لما يترتب عليه من المصالح ، ويمنع لما يؤدي إليه من المفاسد . وأن المجتهد إذا أداه اجتهاده إلى التوصل إلى معرفة المصلحة التى من أجلها شرع الفعل ، أو المفسدة التى من أجلها منع ، فإنه يحكم بمشروعية هذا الفعل طالما كان محققاً للمصلحة التى قصد به تحقيقها ، فإذا كان الفعل فى بعض الحالات ، غير محصل لهذه المصلحة ، أو كان مع تحصيله لها ، مفوتاً لمصلحة أهم أو مؤدياً إلى حدوث ضرر أكبر ، منع المجتهد منه . وبالمثل يحكم المجتهد بالمنع من الفعل دفعاً لمفسدته طالما كان المنع منه لا يؤدي إلى حدوث مفسدة تساوى أو تزيد . أما إذا أدى استدفاع المفسدة إلى مفسدة تساوى أو تزيد ، فإنه لا يمنع من الفعل .

وحاصل الأمر أنا لا نقف عند ظاهر الأمر فنحكم بمشروعية الفعل فى جميع الحالات وتحت كل الظروف ، حتى فى الحالات التى لا يحقق فيها

الفعل المصلحة التي شرع لتحقيقها . أو كان تحقيق الفعل لهذه المصلحة
يترتب عليه فوات مصلحة أهم ، أو حصول ضرر أكبر ، وبالمثل فإننا
لا نقف عند ظاهر النهي فتحكم بعدم مشروعية الفعل في جميع الحالات
وتحت كل الظروف حتى إذا أدى ذلك إلى حصول مفسدة أشد من
المفسدة التي قصد بالمنع من الفعل درؤها . بل الواجب تحصيل أرجح
المصلحتين ، ودفع أشد الضررين .

وهذا الأصل يلتقي مع أصل انخراط المناسبة بالمفسدة المساوية أو
الزائدة الذي عرض له الأصوليون ، إلا أن الشاطبي رضى الله عنه أبان
ما لهذا الأصل من أهمية ، ثم أقام الأدلة على أنه معتبر مقصود للشارع ،
وأكثر من التمثيل له ، والتفريع عليه . وهو يعني أن الفعل قد صار منوطاً
لمصلحة ومفسدة ، وأن على المجتهد أن يوازن بين مصلحة الفعل ومفسدته ،
ويجعل الحكم الراجح منهما ، وفقاً للقوانين التي راعاها الشارع في تصرفاته ،
وسار عليها في التفريع وتشريع الأحكام . فالشارع مثلاً يقدم المصلحة
الضرورية على الحاجة ، والأصلية على المكملية ، والنفس على المال ، والعامّة
على الخاصة ، والمحقة على المتوهمّة ، والحالة على المستقبلية . وهكذا يسلك
المجتهد فيما لا نص فيه نفس الطريقة التي راعاها الشارع في الموازنة والترجيح
بين المصالح المتعارضة . وسنضرب لهذا الأصل أمثلة ثلاثة لتوضيحه ، قبل
المضي في الاستدلال له ، والتفريع عليه .

المثال الأول :

جاء النص الشرعي بالإذن في البيع . وبذلك يقال إن البيع فعل مشروع
باطلاق النص وعموم الأدلة . وهذا البيع قد أذن الشارع فيه لمصلحة بناء
على أن الشارع لا يشرع الأحكام عبثاً ، كما تقرر في قاعدة اعتبار المصالح
في التشريع ، وهذه المصلحة أو الحكمة هي حاجة البائع إلى الثمن وحاجة

المشتري إلى السلعة . فإذا باع شخص سلعة بعشرة إلى أجل ثم اشتراها قبل الأجل بخمسة نقداً ، فإن البيع في الأصل مشروع المصلحة المذكورة ، ولكن مآل هذا البيع في هذه الحالة يحقق مفسدة هي الإقراض بالربا ، أو كما يقول الشاطبي : « لأن المصالح التي لأجلها شرع البيع لم يوجد منها شيء . »

المآل الثاني :

الهبة عقد مشروع لمصالح قصدها الشارع منه ، من هذه المصالح الإرفاق والإحسان إلى الموهوب له ، والتوسيع عليه غنياً كان أو فقيراً ، وجلب مودته وألفته ، ودفع رذيلة الشح والبخل ، فإذا وهب شخص ماله في آخر الحول هرباً من الزكاة ثم إذا كان في حول آخر استوهبه ، فإن المصلحة التي لأجلها شرع الله الهبة ليست موجودة . بل إن هذا العمل تقوية لوصف الشح وإمداد له ، ورفع لمصلحة إرفاق المساكين ، فالعمل في الأصل مشروع لمصلحة ولكن له مآل بخلاف ما قصد منه . بل إن مآل هذه الهبة المنع من الزكاة ، وهو مفسدة ، أو فوات مصلحة تربي على المصلحة التي قصدت بشرع الهبة ، هذا إذا فرضنا أن هناك مثل هذه المصلحة .

المآل الثالث :

جامت النصوص الشرعية بوجوب طلب الحلال وتحريم طرقه ، والتحريم من الشبهات ، فإذا تبين المسكف أن النكاح يلزمه طلب قوت العيال ونفقة الزوجة مع ضيق طرق الحلال ، واتساع أوجه الحرام والشبهات ، وأنه قد يلجأ إلى الدخول في التمسك بهم بما لا يجوز ، فإن إطلاق النصوص وعموم الأدلة يقتضي المنع من الزواج لما يلزمه من الفساد المتوقعة . ولكن المنع من الزواج يؤول إلى فوات مصلحة أهم أو حدوث ضرر أكبر ، ذلك أن أصل النكاح يحقق مصالح ضرورية هي حفظ النسل ،

فضلاً عن أن التحرز من مفسدة التكسب الحرام قد يؤول إلى الوقوع في مفسدة أشد هي الزنا . فاعتقر الأول خشية الوقوع في هذا المآل .

الفرع الثاني

أدلة اعتبار الشارع لهذا الأصل

ولقد أقام الشاطبي الأدلة الكثيرة على اعتبار الشارع هذا الأصل . وعند التفريع عليه ، وذكر قواعد الاجتهاد وطرق الاستنباط المبينة عليه كالذرائع والاستحسان ، والحيل وغيرها ، عاد فأقام أدلة أخرى على هذه الطرق . وإليك بعض الأدلة التي تثبت اعتبار هذا الأصل ، وتدل على أنه مقصود للشارع .

الدليل الأول :

أن التكاليف الشرعية مشروعة لمصالح العباد ، ومصالح العباد إما دنيوية ، وإما أخروية . أما الأخروية فراجعة إلى مآل المسكف في الآخرة ليكون من أهل النعيم لا من أهل الجحيم . وأما الدنيوية فإن الأعمال مقدمات لنتائج المصالح ، فإنها أسباب لمسيئات هي مقصودة للشارع ، والمسيئات هي مآلات الأسباب ، فاعتبارها في جريان الأسباب مطلوب ، وهو معنى النظر في المآلات .

الدليل الثاني :

أن مآلات الأعمال إما أن تكون معتبرة شرعاً أو غير معتبرة ، فإن اعتبرت فهو المطلوب ، وإن لم تعتبر أمكن أن يكون للأعمال مآلات مضادة لمقصود تلك الأعمال ، وذلك غير صحيح ، لما تقدم من أن التكاليف شرعت لمصالح العباد . ولا مصلحة تتوقع مطلقاً مع إمكان وقوع مفسدة

توازئها أو تزيد . وأيضاً فإن ذلك يؤدي إلى ألا نتطلب مصلحة بفعل مشروع ، ولا نتوقع مفسدة بفعل ممنوع ، وهو خلاف رضع الشريعة .

البراهين الثالث :

الأدلة الشرعية والاستقراء التام يفيد أن المآلات معتبرة في أصل المشروعية . ومن هذه الأدلة قوله تعالى : « يا أيها الناس اعبدوا ربكم الذي خلقكم والذين من قبلكم لعلكم تتقون » وقوله تعالى : « كتب عليكم الصيام كما كتب على الذين من قبلكم لعلكم تتقون » وقوله تعالى « ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتسلوا بها إلى الحرام لتأكلوا فريقاً من أموال الناس بالإثم » وقوله تعالى « ولا تسبوا الذين يدعون من دون الله فيسبوا الله عدواً بغير علم » وقوله تعالى « رسلاً مبشرين ومنذرين لئلا يكون للناس على الله حجة بعد الرسل » وقوله تعالى « ولحكم في القصاص حياة » . وهذا كله يدل على أن الشارع يمنع من الفعل أو يحجزه نظراً لما يترتب عليه ويؤول إليه^(١) .

بهذه الأدلة بين الشاطبي أن هذا الأصل مقصود للشارع ، فالبناء عليه ، والتفريع على أساسه ، بناء على أصل قد علمت ملاءمته لتصرفات الشارع لا من دليل واحد ، ، وإنما من مجمرع أدلة أفادت في مجمرعها القطع . وفوق ذلك ، ، فإننا سنرى أن الشاطبي يقيم الأدلة على كل قاعدة من القواعد التي ترجع إلى هذا الأصل .

المبحث الثاني

أهم تطبيقات أصل اعتبار المآل

ذكر الشاطبي تطبيقات عديدة لأصل اعتبار المآل ، فقد أرجع إليه قاعدة الاستحسان ، والذرائع ، والحيل وتقييد استعمال الحقوق بما لا يضر الغير ، وقصر نتائج البطلان على مالا يسبب فساداً أكبر أو ضرراً أشد ، وقاعدة جواز الإقدام على المصالح الضرورية أو الحاجة وإن اعترض طريق تحصيلها بعض المناكر . وقاعدة تحقيق المناط الخاص ، وقد رأيت أن اقتصر على القواعد الثلاث الأولى فأخصها بمزيد من البيان والتفصيل ، مكثفياً بالإشارة إلى بقية هذه التطبيقات لهذا الأصل العظيم . وذلك لأن الاستحسان ، والذرائع ، ومنع التحيل من طرق الإجهاد الهامة وأدلة الأحكام التي اعتمد عليها الفقه المالكي .

وقد قسمت هذ المبحث إلى فروع أربعة :

الفرع الأول : خصصته لقاعدة الذرائع .

الفرع الثاني : تكلمت فيه على الاستحسان المالكي .

الفرع الثالث : عرضت فيه لقاعدة المنع من التحيل على إبطال الأحكام الشرعية .

الفرع الرابع : أشرت فيه إلى بعض تطبيقات أصل اعتبار المآل المذكور .

الفرع الأول

قاعدة الذرائع

وفي هذا الفرع نعرف قاعدة الذرائع في الفقه المالكي ، وذلك في مطلب أول . ثم نقيم الأدلة على اعتبار هذه القاعدة ، زيادة على رجوعها إلى أصل اعتبار المآل الذي قامت عليه الأدلة . وذلك في مطلب ثان ، وقد خصصت مطلباً ثالثاً لعرض بعض تطبيقات لهذه القاعدة من الفروع المروية عن الصحابة ومن بعدهم من الأئمة ، ومن واقع الحياة التي نعيش فيها اليوم .

المطلب الأول

التعريف بقاعدة الذرائع

وفي هذا المطلب نعرض تعريفات الشاطبي والقرافي لقاعدة التذرع الممنوع أولاً ، ثم نتبع ذلك بذكر خلاصة هذه التعريفات محددين القيود اللازمة في اعتبار التذرع ممنوعاً في نظر مالك رضي الله عنه .

أولاً - تعريفات التذرع الممنوع :

١ - تعريف الشاطبي :

يعرف الشاطبي التذرع الممنوع في المذهب المالكي ويمثل له فيقول إنه : « التوسل بما هو مصلحة إلى مفسدة ، فإن عقد البيع أولاً على سلعة بعشرة إلى أجل ظاهر الجواز ، من جهة ما يتسبب عن البيع من المصالح في الجملة . فإذا جعل مآل هذا البيع مؤدياً إلى بيع خمسة نقداً ، بعشرة إلى أجل ، بأن يشتري البائع سلعته من مشتريها بخمسة نقداً ، فقد صار مآل هذا العمل إلى

أن باع صاحب السلعة من مشتريها منه بخمسة نقداً بعشرة إلى أجل ،
والسلعة لغو لأمعنى لها في هذا العمل . لأن المصالح التي لأجلها شرع
البيع لم يوجد منها شيء ولكن هذا بشرط أن يظهر لذلك قصد ويكثر
في الناس بمقتضى العادة» (١) .

٢ - تعريفات القرائى :

ويعرف القرائى المالكى سد الذرائع فيقول . « سد الذرائع معناه
حسم مادة وسائل الفساد دفعاً لها . ففى كان الفعل السالم عن المفسدة وسيلة
للمفسدة منع مالك من ذلك الفعل فى كثير من الصور» (٢) .

ويقول : « وقد تكون وسيلة المحرم غير محرمة إذا أفضت إلى مصلحة
راجحة كالتوسل إلى فداء الأسرى بدفع المال للكفار الذى هو محرم عليهم
الانتفاع به ، بناء على أنهم مخاطبون بفروع الشريعة عندنا ، وكدفع مال
لرجل يأكله حراماً حتى لا يزنى بامرأة ، إذا عجز عن دفعه عنها إلا بذلك .
وكدفع المال للمحارب حتى لا يقع القتل بينه وبين صاحب المال عند مالك .
فهذه الصور كلها الدفع وسيلة إلى المعصية بأكل المال . ومع ذلك فهو أمور
به لرجحان ما يحصل من المصلحة على هذه المفسدة» (٣) .

ويقول : « اعلم أن الذريعة كما يجب سدها يجب فتحها ، وتكره ،
وتندب ، وتباح ، فإن الذريعة هى الوسيلة ، فكما أن وسيلة المحرم محرمة ،
فوسيلة الواجب واجبة ، كالسعى للجمعة والحج وموارد الأحكام على
قسمين : مقاصد ، وهى المتضمنة للمصالح والمفاسد فى أنفسها ، ووسائل ،
وهى الطرق المفضية إليها ، وحكمها حكم ما أفضت إليه من تحريم أو تحليل

(١) الموافقات ج ٤ ص ١٩٨ .

(٢) الفروق ج ٢ ص ٣٢ .

(٣) الفروق ج ٢ ص ٣٣ .

غير أنها أخفض رتبة من المقاصد في حكمها ، والوسيلة إلى أفضل المقاصد أفضل الوسائل ، وإلى أقبح المقاصد أقبح الوسائل ، وما يتوسطه متوسطة^(١).

ثانياً - فموضوع هذه التعريفات وقبور التذرع الممنوع :

والخلاصة التي يمكن للباحث أن يصل إليها من هذه التعريفات هي :

١ - أن قاعدة التذرع ذات شقين : أحدهما : يعني أن وسيلة المطلوب وجوباً أو ندباً أو إباحة ، مطلوبة بقدر ذلك الطلب ، وهو ما يعبر عنه بفتح الذرائع . وثانيهما : أن وسيلة المحرم محرمة ، وما يؤدي إلى المفسدة يمنع ، وهذا الشق هو ما يعبر عنه بسد الذرائع . وهو الذي يعنينا هنا . أما الشق الأول فيدخل تحت قاعدة مقدمة الواجب التي وقع الخلاف فيها بين الأصوليين .

٢ - أن قاعدة الذرائع تعمل في شقها الأخير إذا كان الفعل الجائز لما فيه من المصلحة ، يؤدي غالباً إلى مفسدة تساوى مصلحة هذا الفعل أو تزيد .

وإليك شرح هذه القيود أو الشروط الثلاثة .

٣ - قيود أو شروط لإعمال القاعدة :

يمكن إجمال هذه الشروط فيما يأتي :

١ - أن يؤدي الفعل المأذون فيه إلى مفسدة .

٢ - أن تكون تلك المفسدة راجحة على مصلحة الفعل المأذون فيه .

٣ - أن يكون أداء الفعل المأذون فيه إلى المفسدة كثيراً .

١ — الشرط الأول : الفعل المأذون فيه ذريعة إلى مفسدة .

الفعل المأذون فيه فعل يتضمن مصلحة ، ومن ثم فلا يجوز المنع من هذا الفعل طالما أن هذا الفعل يحقق تلك المصلحة ، ولا يؤدي إلى مفسدة تجب هذه المصلحة ، أما إذا كان هذا الفعل ذريعة إلى المفسدة ، فإن الشارع يمنع منه ، وذلك لتعارض مصلحة الفعل مع المفسدة التي يؤول إليها ، وإذا تعارضت المصلحة والمفسدة قدم دفع المفسدة على جلب المصلحة ، عملاً بقاعدة درء المفاسد مقدم على جلب المصالح . وفي هذا يقول الشاطبي : « ولا مصلحة تتوقع مطلقاً مع إمكان وقوع مفسدة توازيها أو تزيد » (١) .

وهذا الشرط يظهر من تعريف التذرع الممنوع بأنه « التوصل بما هو مصلحة إلى مفسدة » ، أو التذرع بفعل جائز إلى عمل غير جائز « أو المنع من الجائز لئلا يتوصل به إلى الممنوع » (٢) .

٢ — الشرط الثاني : أن تكون المفسدة المتذرع إليها بالفعل المشروع مساوية أو راجحة على مصلحة ذلك الفعل .

إذا كان الفعل المشروع يحصل مصلحة ولكنه ذريعة إلى ما فيه مفسدة فإن هذا الفعل يمنع ، وتلك الذريعة تسد إذا كانت المفسدة التي يتذرع بالفعل المشروع إليها موازية لمصلحة الفعل أو تزيد ، أما إذا أربت مصلحة الفعل المشروع على مفسدته فإن الفعل لا يمنع والذريعة لا تسد . وفي هذا يقول القرافي في فروقه : (٣) ، قد تكون وسيلة المحرم غير محرمة إذا أفضت إلى مصلحة راجحة ، كالتوصل إلى فداء الأسرى بدفع المال للكفار الذي هو محرم

(١) الموافقات ج ٤ ص ١٩٦ .

(٢) الموافقات ج ٣ ص ٢٥٧ ج ٤ ، ص ١٩٨ ، ص ١٩٩ .

(٣) الفروق ج ٢ ص ٣٣ .

عليهم الانتفاع به ، بناء على أنهم مخاطبون بفروع الشريعة عندنا ، وكدفع مال لرجل يأكله حراماً حتى لا يزنى بامرأة ، إذا عجز عن دفعه عنها إلا بذلك ، وكدفع المال للمحارب حتى لا يقع القتل بينه وبين صاحب المال عند مالك رحمه الله تعالى ، ولكنه اشترط أن يكون يسيراً . فهذه الصور كلها الدفع وسيلة إلى المعصية بأكل المال ومع ذلك فهو مأمور به لرجحان ما يحصل من المصلحة على هذه المفسدة .

ويضرب الشاطبي بعض الأمثلة لفعل هو ذريعة إلى مفسدة ، ولكنه لا يمنع لرجحان مصلحته فيقول : « ولكنه — جواز الفعل لرجحان مصلحته على المفسدة — صحيح إذا نزل منزلته . وهو أن يكون من باب الحكم على الخاصة لأجل العامة ، كالمنع من تلقى الركبان ، فإن منعه في الأصل ممنوع ، إذ هو من باب منع الارتفاق ، وأصله ضرورى أو حاجى لأجل أهل السوق . ومنع بيع الحاضر للبادى ، لأنه في الأصل منع من النصيحة إلا أنه إرفاق لأهل الحضر ، وتضمنين الصناعات قد يكون من هذا القبيل ، وله نظائر كثيرة ، فإن جهة التعارن هنا أقوى . وقد أشار الصحابة على الصديق إذ قدموه خليفة ، بترك التجارة والقيام بالتحرف على العيال ، لأجل ما هو أهم في التعاون ، وهو القيام بمصالح المسلمين ، وعوضه من ذلك في بيت المال . وهذا النوع صحيح كما تفسر والله أعلم .

ويقول الشاطبي^(١) : « ومن ذلك الرشوة على دفع الظلم إذا لم يقدر على دفعه إلا بذلك ، وإعطاء المال للمحاربين ، وللا كفار في فداء الأسرى ، ولما نعى الحاج حتى يؤدوا خراجاً ، كل ذلك انتفاع أو دفع ضرر بتمكين من المعصية . ومن ذلك طلب فضيلة الجهاد مع أنه تعرض لموت الكافر

على الكافر، أو قتل الكافر المسلم، بل قال عليه السلام: «وددت أن أقتل في سبيل الله ثم أحيأ ثم أقتل الحديث»، ولازم ذلك دخول قاتله النار... بل العقوبات كلها جلب مصلحة أو درء مفسدة يلزم عنها إضرار بالغير، إلا أن ذلك كله إلغاء لجانب المفسدة، لأنها غير مقصودة للشارع في شرع هذه الأحكام، ولأن جانب الجالب والدافع أولى.

فالذى يؤخذ من هذه النصوص التي وردت على لسان كتاب المالكية أن الفعل الذى يتضمن تحصيل مصلحة أو دفع مفسدة لا يمنع وإن كان ذريعة إلى تفويت مصلحة أو تحصيل مفسدة من جهة أخرى، طالما أن المصلحة التي يحصلها الفعل أو المفسدة التي تندفع به راجحة على المفسدة التي تنشأ عنه أو المصلحة التي تفوت به. فدفع المال للمحاربين فعل الأصل فيه المنع لأن فيه مفسدة تقوية المشركين وعونهم على حربنا، ولكنه ذريعة إلى مصلحة راجحة على تلك المفسدة، تلك المصلحة هي إنقاذ الأسرى المسلمين من الاسترقاق والقتل والفتنة في الدين. ودفع مال لمن يريد أن يفسق بمسألة فعل الأصل فيه عدم المشروعية لأنه تمكن له من أخذ مال ظالماً، ولكنه ذريعة إلى تحصيل مصلحة أهم، تلك المصلحة هي حفظ عرض المسلمة ومنع مفاصد الزنا. ودفع مال لمن يقف في طريق الحجاج ويمنعهم من أداء الفريضة فعل غير مشروع لأنه إعانة لهؤلاء على أكل مال الناس بالباطل، ولكنه لما كان ذريعة إلى تحصيل مصلحة أداء الفريضة أجازها مالك.

ومنع التجار من تحصيل أرزاقهم وكسب عيشهم والسعى على أولادهم، بتلقى الركبان والشراء منهم، وتحقيق بعض الأرباح، عمل الأصل فيه أنه غير مشروع، لأنه منع من أمر ضرورى أو حاجى، ولكن لما كان المنع من التلقى ذريعة إلى مصلحة راجحة، وهي مصلحة أهل السوق، وهي مصلحة عامة أجازها الشارع فقال: «لا تلقوا الركبان»، فالمنع من التلقى مفسدة

لأنه منع من مصالح ضرورية أو حاجية للمتلقى ، ولأنه ذريعة إلى مصلحة راجحة هي مصلحة أهل السوق ، فأجيز المنع من التلقى ترجيحاً للمصلحة العامة على المصلحة الخاصة .

وتضمن الصناع دون أن يثبت رب السلعة التعدى أو التقصير من جانب الصانع فعل غير مشروع ، لما فيه من تضمن البرى أحياناً ، وتضمن غير المتعدى مفسدة وظلم وإتلاف لجزء من ماله ، ولأن لما كان هذا التضمن ذريعة إلى مصلحة راجحة هي مصلحة عامة لأرباب السلع - وذلك بالمحافظة على أموالهم ، ورفع الحرج الشديد اللازم من ترك الاستصناع بالسكينة لو قيل بعدم التضمن إلا بالبيئة - لما كان ذريعة إلى هذه المصلحة أجازها المالكية ووافقهم على ذلك البعض .

ومنع أبى بكر الصديق رضى الله عنه من التحرف والسعى على الأولاد منع من مصلحة ضرورية أو حاجية ، وهو غير مشروع ، لئلا كان هذا المنع ذريعة إلى مصلحة راجحة هي مصلحة عامة للمسلمين ، وذلك للنظر فى مصالحهم ، أقدم الصحابة على منع أبى بكر من ذلك التحرف والتكسب وكفايته فى بيت مال المسلمين ووافقهم الصديق على ذلك .

ففى كل هذه الأمثلة نجد أن فعلاً ما غير مشروع ولا مأذون فيه بالأصل وذلك لما يتضمنه من نحصيل مفسدة أو تفويت مصلحة ، ولأن هذا الفعل له مآل آخر ، بحيث يؤدى المنع منه فى بعض الحالات إلى تفويت مصلحة أهم أو حدوث ضرر أو فساد أكبر ، وعند ذلك يصير الفعل مأذوناً فيه تحصيلاً للمصلحة الأهم ، ودفعاً للضرر الأكبر .

٣ - الشرط الثالث : أن يكون أداء الفعل المأذون فيه إلى المفسدة كثيراً .

يصرح كتاب المالكية بأن قاعدة الذرائع لا تعنى أن كل ذريعة إلى ممنوع تمنع ، بل إن فى المسألة بعض التفصيل :

فالقرافي يقسم الذرائع إلى أقسام ثلاثة : قسم أجمعت الأمة على سده ، وقسم أجمعت الأمة على عدم سده ، وقسم يختلف فيه بين الأئمة ، فلك يسده وغيره من الأئمة ، يبقيه على الأصل من المشروعية فيقول (١) :

« وليس سد الذرائع من خواص مذهب مالك كما يتوهمه كثير من المالكية ، بل الذرائع على ثلاثة أقسام : قسم أجمعت الأمة على سده ومنعه وحسمه كحفر الآبار في طرق المسلمين ، فإنه وسيلة إلى إهلاكهم فيها ، وكذلك إلقاء السم في أطعمتهم ، وسب الأصنام عند من يعلم من حاله أنه يسب الله تعالى عند سبها ، وقسم أجمعت الأمة على عدم منعه وأنه ذريعة لا تسد ووسيلة لا تحسم كالمنع من زراعة العنب خشية الخمر فإنه لم يقل به أحد ، وكالمنع من المجاورة في البيوت خشية الزنا . وقسم اختلف فيه العلماء هل يسد أم لا ؟ كبئوع الآجال عندنا ، كن باع سلعة بعشرة دراهم إلى شهر ثم اشتراها بخمسة قبل الشهر ، فلك يقول : إنه أخرج من يده خمسة الآن وأخذ عشرة آخر الشهر ، فهذه وسيلة لسلف خمسة بعشرة إلى أجل توسلا بإظهار صورة البيع لذلك ، والشافعي يقول : ينظر إلى صورة البيع ويحمل الأمر على ظاهره فيجوز ذلك . وهذه البئوع يقال إنها تصل إلى ألف مسألة ، اختص بها مالك ، وخالفه فيها الشافعي . وكذلك اختلف في النظر إلى النساء هل يحرم لانه يؤدي إلى الزنى أو لا يحرم ، والحكم بالعلم هل يحرم لأنه وسيلة للقضاء بالباطل من القضاة سوء أو لا يحرم ، وكذلك اختلف في تضمين الصناع ، لأنهم يؤثرون في السلع بصنعهم فتغير السلع فلا يعرفها ربها إذا بيعت فيضمنون سداً لذريعة الأخذ أم لا يضمنون ، لأنهم أجراء وأصل الأجارة على الأمانة ؟ قولان ، وكذلك تضمين حملة الطعام لئلا تمتد أيديهم إليه . وهو كثير في المسائل ، فنحن قلنا بسد هذه الذرائع ولم يقل بها الشافعي ، فليس سد الذرائع خاصاً بلك رحمه الله ، بل قال بها هو أكثر من غيره ، وأصل سدها بجمع عليه . »

فالذى أجمعت الأمة على سده من الذرائع هو ما كان أدائه إلى المفسدة قطعاً أو ظناً راجحاً ، وذلك بحسب مجارى العادات بين الناس ، حفرة البئر في الطريق المسلوكة يؤدي قطعاً بحسب العادة إلى هلاك النفس أو إتلاف العضو ، وذلك بسقوط بعض المارة فيه . وإذا كان حفرة البئر في جانب الطريق فإنه يؤدي إلى هذه المفسدة ظناً راجحاً وإن لم يصل إلى القطع . ووضع السم في طعام الناس ذريعة إلى الإضرار بهم قطعاً أو ظناً غالباً ، وكذلك سب آلهة المشركين عند من يعلم أو يظن من حاله أنه يسب الله تعالى عند سبها .

والقسم الذى أجمعت الأمة على عدم سده ، هو ما كان أداء الذريعة فيه إلى النتيجة الممنوعة ، أو السبب إلى المسبب الممنوع ، نادراً . ففي زراعة العنب نجد أن الفعل مأذون فيه لما فيه من المصالح ، ولكنه قد يؤدي نادراً إلى مفسدة اتخاذ هذا العنب خمراً ، ولكن لندرة أداء الوسيلة المأذون فيها إلى النتيجة أو الغاية الممنوعة لم يمنع من هذه الوسيلة ، ولم تسد تلك الذريعة . إذ لا تترك المصالح المحققة لمفسدة نادرة متوقعة ، فالقول بذلك يؤدي إلى منع الحلال بالكلية ، لأنه مامن أمر جائز إلا ويحتمل أن يؤدي إلى مفسدة ، لكن رحمة الشارع بعباده افتضت ألا تترك المصالح المحققة لمفسدة متوهمة نادرة الحصول .

وكذلك التجاور في البيوت أمر مأذون فيه لما فيه من تحصيل المصالح ، وهي مصالح حاجية أو ضرورية ، ولكنه قد يؤدي نادراً إلى مفسدة الزنا ، فلم يمنع التجاور لهذه المفسدة المتوهمة النادرة ، لأن ذلك يؤدي إلى إهمال المصالح المحققة تشوفاً إلى منع مفسدة متخيلة نادرة لا تحصل إلا في النادر من الأحوال . فرجحان المصلحة على المفسدة هنا من ناحية أن المصلحة محققة والمفسدة محتملة ، والمصلحة حاضرة ، والمفسدة مستقبلية ، بخلاف ما سبق أن ذكرناه في الشرط الثانى ، فإن رجحان المصلحة على المفسدة كان من

ناحية ذات المصلحة والمفسدة ، فمصلحة تخليص الأسير المسلم وإنقاذه من الرق أرجح في ذاتها من مفسدة دفع مال للعدو يتقوى به علينا ، على أنه لو كان المال المطلوب كبيراً ، والظروف تشير إلى أن العدو لو أخذ هذا المال لتقوى به على حربنا وأمر المزيد منا ، لترجحت مفسدة الدفع على مصلحة تخليص الأسير ، تقديماً للمصلحة العامة على المصلحة الخاصة . فهي مسألة خاضعة لنظر المجتهد الثقة العالم الأمين .

وأما القسم الذي وقع فيه الخلاف بين مالك وغيره . فهو ما كان أداء الوسيلة المباحة فيه إلى النتيجة الممنوعة كثيراً . فالفعل الجائز لا يؤدي إلى المفسدة قطعاً ولا ظناً راجحاً كافي الذرائع المجمع عليها ، وليست العلاقة بين الذريعة والمقصد هي الندرة كما في القسم الثاني ، وإنما هي السكثرة الواقعة بين الغالب والنادر .

والقرافي وإن لم يصرح بذلك ، مكثفياً بتقسيم الذرائع إلى أقسام ثلاثة حاكياً الاتفاق على قسمين منها : أحدهما على السد ، والآخر على عدم السد ، جاعلاً محل النزاع قسماً واحداً منها ، إلا أن الأمثلة التي ذكرها تشير إلى ذلك ، فأمثلة القسم المجمع على سده تدل على أن السبب فيها يؤدي إلى النتيجة قطعاً أو ظناً راجحاً ، وأمثلة القسم المجمع على عدم سده تدل على أن السبب يؤدي إلى المسبب نادراً لا قطعاً ولا غالباً ، ثم ذكر أمثلة القسم المختلف فيه ، وفيه نجد أن الذريعة تؤدي إلى المقصد كثيراً ، لا غالباً ولا نادراً . بل إنه صرح بأن الذرائع المجمع على سدها هي ما كانت الذريعة مؤدية إلى المقصد قطعاً أو ظناً في موضع آخر من فروقه فقال (١) :

« اعلم أن الذريعة هي الوسيلة للشيء ، وهي ثلاثة أقسام : منها ما أجمع الناس على سده ، ومنها ما أجمعوا على عدم سده ، ومنها ما اختلفوا فيه ، فالجمع على عدم سده كالمنع من زراعة العنب خشية الخمر والتجاور في البيوت خشية الزنا ، فلم يمنع شيء من ذلك ولو كان وسيلة للمحرم ، وما أجمع

على سده كالممنوع من سب الأصنام عند من يعلم أنه يسب الله تعالى حينئذ ،
وكحفر الآبار في طرق المسلمين إذا علم وقوعهم فيها أو ظن ، وإلقاء السم
في أطعمتهم إذا علم أو ظن أنهم يأكلونها فيمهلكون ، والمختلف فيه كالنظر
إلى المرأة الأجنبية لأنه ذريعة إلى الزنا بها ، وكذلك الحديث معها ، ومنها
اليسوع بالآجال عند مالك رحمه الله .

ففي هذا النص يصرح القرافي بأن الذرائع التي أجمع الفقهاء على سدها
هي الذرائع المؤدية إلى المفسدة بطريق العلم أو الظن ، ويفهم من هذا أن
الذرائع المختلف فيها ليس أداء الذريعة فيها إلى المفسدة بطريق العلم أو الظن ،
كما أنه بالمقارنة بين الأمثلة التي ذكرها المذرائع المختلف فيها ، والذرائع
المجمع على عدم سدها يظهر أن هناك فرقاً بينها ، هذا الفرق هو أن أداء
الوسيلة إلى الغاية في الأخيرة من باب الاحتمال النادر ، وأما في الأول فهو
يرتفع درجة عن هذا ، وإن كان لا يصل إلى القطع أو الغالب المظنون .

وسنرى أنه ليس المقصود بالظن والعلم ظن المنتدع بالفعل المباح إلى
الممنوع نفسه ، بل إن المقصود ما يعده الشخص العادي علماً أو ظناً ، فإذا
ثبت أن المكلف الذي حفر البئر لا يعلم ولا يظن أن هذا العمل يؤدي إلى
وقوع أحد فيه ، وكان هذا العمل في نظر الشخص العادي مؤدياً إلى ذلك ،
فإن هذا العمل يعد غير مأذون فيه ، ويسأل الحافر عن كل الآثار المترتبة
على فعله من ضئان النفس والأموال ، وأما مسألة العلم الشخصي فموكولة إلى
الله الذي يعلم السرائر ويحاسب الإنسان على قصده .

فالمعيار في الذرائع معيار موضوعي لا شخصي ، ينظر فيه إلى الواقع
ونفس الأمر ومآل الفعل في نظر العقلاء وفقاً للعادات الجارية ، ولا دخل
فيه لنية الفاعل وقصده وعلمه ورضنه ، لأنه تعاطى السبب الذي من شأنه أن يوصل
إلى النتيجة ، وما مثله إلا كمثل من يصب رصاصة إلى صدر رجل ولا يعلم

ولا يظن أن الرصاصة تقتله ، فهو يسأل عن فعله ما دام السلاح من شأنه القتل ، ، وضربه في موضع من شأنه أن يقتل ، ولا عبرة بما ظنه أو اعتقده شخصياً .

وفي هذا يقول الشاطبي في الموافقات (١) :

« إيقاع السبب بمنزلة إيقاع المسبب ، قصد ذلك المتسبب أولاً ، لأنه لما جعل مسبباً عنه في مجرى العادات عد كأنه فاعل له مباشرة ، ويشهد لهذا قاعدة مجارى العادات . إذ أجرى فيها نسبة المسببات إلى أسبابها كنسبة الشبع إلى الطعام والإحراق إلى النار .. وسائر المسببات إلى أسبابها . فكذلك الأفعال التي تسبب عن كسبنا ، منسوبة إلينا ، وإن لم تكن من كسبنا ، وإذا كان هذا معهوداً معلوماً ، جرى عرف الشرع في الأسباب الشرعية مع مسبباتها على ذلك الوزن ... فإذا كان كذلك ، فالداخل في السبب إنما يدخل فيه مقتضياً لمسببه ... وذلك أن ما أمر الله به فإما أمر به لمصلحة يقتضيه فعله ، وما نهى عنه فإما نهى عنه لمفسدة يقتضيه فعله .. فإذا فعل فقد دخل على شرط أنه يتسبب فيما تحت السبب من المصالح أو المفاسد . ولا يخرج عن ذلك عدم علمه بالمصلحة أو المفسدة أو بمقاديرهما . فالفاعل ملتزم بجميع ما ينتج ذلك السبب من المصالح أو المفاسد وإن جهل تفاصيل ذلك ، .

ويقول (٢) : « الدخول في الأسباب لا يخلو : إما أن يكون منهياً عنه أولاً ، فإن كان منهياً عنه فلا إشكال في طلب رفع التسبب سواء علينا أكان المتسبب قاصداً لوقوع المسبب أم لا ، فإنه يتأتى منه الأمران . فقد يقصد بالقتل العدوان إزهاق الروح فيقع ، وقد يقصد بالغضب انتفاعه

(١) الموافقات ج ١ ص ٢١١ .

(٢) الموافقات ج ١ ص ٢٠٥ .

بالمخضوب فيقع على مقتضى العادة لا على مقتضى الشرع . وقد لا يقع ألـبـتـة ،
وقد يعزب عن نظره القصد إلى المسبب ، والالتفات إليه .

ويقول^(١) : « إن متعاطى السبب إذا أتى به بكمال شروطه وانتفاء
موانعه ، ثم قصد الا يقع مسببه فقد قصد محالاً ، وتكلف رفع ما ليس له
رفعه ، ومنع ما لم يجعل له منعه . وأيضاً فإن الشارع قاصد لوقوع المسببات
عن أسبابها ، فقصد هذا القاصد مناقض لقصد الشارع ، وكل قصد ناقض
قصد الشارع باطل فهذا القصد باطل .

فالذى يؤخذ من هذه النصوص أن السبب إذا كان سبباً لمفسدة في
العادة ونفس الأمر فإن فاعل هذا السبب يسأل عن المفاسد المترتبة على هذا
السبب ولو لم يعلم أو يظن أن هذه المفاسد نتيجة طبيعية للسبب الذى
أتى به .

فواضع السم فى الطعام المعد للأكل ، وحافر البئر خلف باب الدار
فى ظلمة ، يتحمل جميع النتائج المترتبة فى العادة على فعله ، سواء علم بهذه
المفاسد أم لم يعلم بها ، قصدها أم لم يقصدها مادام هذا الفعل يعد ذريعة إلى
تلك المفاسد دائماً أو غالباً فى مجريات العادات . وبعبارة أخرى ، هذا
الفعل يعد قرينة على علم الحافر وواضع السم ، وهى قرينة لا تقبل إثبات
العكس ، إذ العلم والظن الشخصى أمر باطن لا يمكن الاطلاع عليه ، وإنما
الفعل نفسه ، ينبئ على هذا العلم أو الظن ، مادام كل شخص عادى يعلم أن
الفعل ذريعة إلى مثل هذه المفسدة .

بل إن الشاطبى يصرح بذلك فيقول^(٢) : « ولكن هذا — يعنى سد
ذريعة بيع العينة — بشرط أن يظهر لذلك قصد ويكثر فى الناس بمقتضى

(١) المرجع السابق ج ١ ص ٢١٤ .

(٢) الموافقات ج ٤ ص ١٩٩ .

العادة . ولذلك يقول المالكية : إن السلف الذى يؤدى إلى منفعة السلف ممنوع ولو لم يقصد منفعة السلف ، لأنه كثيراً ما يقصد من الناس عادة ، فالمظنة كافية فى ذلك . وعبارة المالكية « يمنع ما أدى لممنوع يكثر قصده للتبايعين ولو لم يقصد بالفعل » . فالكثرة عندهم هى الضابط والمظنة ، وليس للقصد الحقيقى لكل متعاقد على حدة دخل فإن هذا القصد خفى لا ينضبط ولا يمكن الاطلاع عليه .

تقسيم الشاطبي :

وقد قسم الشاطبي الفعل المأذون فيه لما فيه من مصلحة للفاعل بالنسبة إلى ما يسببه من أضرار ومفاسد لغير الفاعل أقساماً أربعة (١) :

القسم الأول : فعل مأذون فيه يؤدى إلى المفسدة قطعاً ، ويعنى بذلك القطع العادى ، كحفر البئر خلف باب الدار فى الظلام ، بحيث يقع الداخل فيه بلا بد ، وشبه ذلك .

القسم الثانى : فعل مأذون فيه يكون أداؤه إلى المفسدة والإضرار نادراً ، كحفر البئر بموضع لا يؤدى غالباً إلى وقوع أحد فيه ، وأكل الأغذية التى غالبها ألا تضر أحداً ، وما أشبه ذلك .

القسم الثالث : فعل مأذون فيه لما فيه من مصلحة ، ولكنه يؤدى إلى المفسدة غالباً كبيع السلاح من أهل الحرب ، والعنب من الخمار ، وما يغش به من شأنه الغش ، ونحو ذلك .

القسم الرابع : فعل مأذون فيه لما فيه من مصلحة ولكنه يؤدى إلى المفسدة كثيراً لا نادراً ولا غالباً . كمسائل بيوع الآجال .

ثم ذكر حكم كل قسم من هذه الأقسام . ونحن نذكر ذلك فنقول :
القسم الأول : ذريعة أو فعل أدأؤه إلى المفسدة قطعي ، ويقول إن فاعل هذه الذريعة لابد فيه من أحد أمرين : إما تقصير في النظر المأمور به وذلك ممنوع ، وإما قصد إلى نفس الأضرار وهو ممنوع أيضاً ، فيلزم أن يكون ممنوعاً من ذلك الفعل وإذا فعله عد متعدياً بفعله ، ويضمن ضمان المتعدي على الجملة ، وينظر في الضمان بحسب النفوس والأموال على ما يليق بكل نازلة ، ولا يعد قاصداً ألبتة ، إذ لم يتحقق قصده للتعدي .

القسم الثاني : وهو ما يكون أدأؤه إلى المفسدة نادراً : ويرى الشاطبي أن الفعل على أصله من الإذن ، لأن المصلحة إذا كانت غالبية فلا اعتبار بالندور في انحرامها ، إذ لا توجد في العادة مصلحة عرية عن المفسدة جملة ، إلا أن الشارع إنما اعتبر في مجاري الشرع غلبة المصلحة ولم يعتبر ندور المفسدة إجراء للشرعيات مجرى العاديات في الوجود . ولا يعد هنا قصد القاصد إلى جلب المصلحة أو رفع المفسدة — مع معرفته بندور المفسدة عن ذلك — تقصيراً في النظر ولا قصداً إلى وقوع الضرر . فالعمل إذن باق على أصل المشروعية . والدليل على ذلك : أن ضوابط المشروعات هكذا وجدناها ، كالقضاء بالشهادة في الدماء والأموال والفروج ، مع إمكان السكذب والوهم والغلط ، وإباحة القهر في المسافة المحددة مع إمكان عدم المشقة كالمملك المترف ، ومنعه في الحضر بالنسبة إلى ذوى الصنائع الشافة ، وكذلك أعمال خبر الواحد ، والأقيسة الجزئية في التكاليف مع إمكان إخلالها والخطأ فيها من وجوه ، لكن ذلك نادر فلم يعتبر ، واعتبرت المصلحة الغالبة .

القسم الثالث : ما يكون أدأؤه إلى المفسدة غالباً : ويرى الشاطبي أن هذا القسم يحتمل الخلاف . فيقول : « أما أن الأصل الإباحة والإذن فظاهر وأما أن الضرر والمفسدة تلحق ظناً فهل يجري الظن مجرى العلم فيمنع من

الوجهين المذكورين - أى فى القسم الأول - أم لا لجواز تخلفهما ، وإن كان التخلف نادراً ؟ ولكن اعتبار الظن هو الأرجح . لأن الظن فى أبواب العمليات يجرى مجرى العلم فالظاهر جريانه هنا . ولأن المنصوص عليه من سد الذرائع داخل فى هذا القسم ، ولأنه داخل فى التعاون على الإثم والعدوان المنهى عنه .

ثم يقول : « والحاصل من هذا القسم أن الظن بالمفسدة والضرر لا يقوم مقام القصد إليه ، فالأصل الجواز من الجلب والدفع ، إلا أنه لما كانت المصلحة تسبب مفسدة من باب الحيل أو من باب التعاون منع من هذه الجهة لا من جهة الأصل ، فإن المتسبب لم يقصد إلا مصلحة نفسه . فإن حمل الحمل التعدى فن جهة أنه مظنة للتقصير . . . فلذلك وقع الخلاف فيه هل تقوم مظنة الشيء مقام نفس القصد إلى ذلك الشيء أم لا ، .

القسم الرابع : وهو ما يكون أداؤه إلى المفسدة كثيراً لا غالباً ولا نادراً ، فهو موضع نظر والتباس ، والأصل فيه الحمل على الأصل من صحة الإذن كذهب الشافعى وغيره ، ولأن العلم والظن بوقوع المفسدة منتفیان ، إذ ليس هنا إلا احتمال مجرد بين الوقوع وعدمه ، ولا قرينة ترجح أحد الجانبين على الآخر ، واحتمال القصد للمفسدة والإضرار لا يقوم مقام نفس القصد ولا يقتضيه ، لوجود العوارض من الغفلة وغيرها عن كونها موجودة أو غير موجودة ، وأيضاً فإنه لا يصح أن يعد الجالب أو الدافع هنا مقصراً ولا قاصداً كما فى العلم والظن ، لأنه ليس حملة على القصد إليهما أولى من حملة على عدم القصد لواحد منهما . وإذا كان كذلك فالتسبب المأذون فيه قوى جداً ، إلا أن ما لمكا اعتبره فى سد الذرائع بناء على كثرة القصد وقوعاً ، وذلك أن القصد لا ينضبط فى نفسه ، لأنه من الأمور الباطنة . لكن له مجال هنا وهو كثرة الوقوع فى الوجود أو هو مظنة ذلك . فمكا اعتبرت المظنة وإن صح التخلف كذلك تعتبر الكثرة لأنها مجال القصد .

وأيضاً فقد يشرع الحكم العلة مع كون فوائدها كثيراً ، كحد الخمر ، فإنه مشروع للزجر ، والازدجار به كثير لا غالب ، فاعتبرنا السكثرة في الحكم بما هو على خلاف الأصل ، فالأصل عصمة الإنسان عن الإضرار به وإيلامه ، كما أن الأصل في مسألتنا الإذن ، ونخرج عن الأصل هناك لحكمة الزجر وخرج عن الأصل هنا في الإباحة لحكمة سد الذريعة إلى الممنوع .
وخلاصة هذه الأقسام أن الذريعة إلى المفسدة تمنع إذا كان أداؤها إلى المفسدة مقطوعاً به أو غالباً أو كثيراً ، لا نادراً .

هل يشترط القصد إلى المفسدة لسد الذريعة؟ :

إن قاعدة الذرائع تمثل الجانب المادى أو الموضوعى في نظرية المصلحة في الفقه الإسلامى ، ومعنى هذا أن الفعل المأذون فيه يمنع إذا كان له مآل ممنوع قصد الفاعل ذلك المآل أو لم يقصده . فالمعول عليه في سد الذرائع ليس هو النية أو القصد إلى المفسدة الممنوعة ، ولكن ما يترتب على الفعل من المفاسد في مجرى العادة ، أو ما يقصد به في العرف ، وإن لم يثبت قصد خاص للفاعل . بل وإن ثبت القصد الحسن والنية الخالصة . فالذى يسب الأضنام يحتسب ذلك عند الله ، ويفعله حمية وغيره وإخلاصاً لله ، ولكن هذا لا يجعل السب جائزاً ما دام ذلك السب يؤدي في العادة إلى أن يسب المشركون الله عز وجل .

ومتعلق السلع قبل هبوطها إلى الأسواق يقوم بعمل يعد في الأصل مصلحة ومنفعة ، لأنه بيع وشراء لتحصيل مصالح الإنسان والسعى على عياله ، وقد لا يقصد بذلك التلحق إلا تحصيل هذه المصالح وكسب القوت ، وليس هناك نية الإضرار بأهل السوق أو احتكار الطعام أو إغلاء الأسعار عليهم . ومع ذلك فإن هذا التلحق يمنع ، لأنه ذريعة إلى التضيق على العامة وحبس الطعام عنهم واستغلال حاجتهم عادة .

والمالكية يمنعون من بيعوع الأجال التي يكتر قصد الناس التذرع بها إلى الربا المحرم ، وإن لم يثبت قصد العاقدین بها ذلك ، بل حتى إذا ثبت أنهما ما قصدا إلا البيع والشراء ، فقد يبيع الإنسان سلعة لحاجته إلى الثمن وقد يقبل العاقد الآخر شراءها لرغبته في تلك السلعة ، فيبيعها الأول للثاني بعشرة إلى أجل ، ثم يحدث أن يرغب البائع في سلعته التي باعها فيشتريها ممن باعها منه قبل الأجل بخمسة نقداً ، ولا يقصد واحد منهما التذرع إلى إقراض خمسة بعشرة إلى أجل ، ومع ذلك فإن هذا البيع يبطل عند المالكية لأن الناس قد كثر فيهم القصد إلى الربا به .

والحدود لا تقام في دار الحرب ، وإن كانت إقامتها في الأصل مأذوناً فيها ، لما في الإقامة من مصلحة الزجر عن أسبابها ، وذلك لأن إقامة الحدود في دار الحرب أو في الغزو أو في السفر ذريعة إلى بعض المفاصد التي ترجح على مصلحة إقامتها في دار الحرب ، وذلك لأن الحدود قد يرد ويلحق بالعدو أو يعلم العدو بذلك فيضعف المسلمون في نظره ، وليس في المسألة قصد ولا نية إلى المآل الممنوع والنتيجة المحرمة .

وتضمن الصناع يخرجهم القرافي على قاعدة الذرائع ، فيقول : إن الصناع لا يضمنون لأن الأصل فيهم الأمانة ، ولكن لما كان عدم التضمن ذريعة إلى أن يتعدوا ويدعوا التلف والهلاك ، وهذه مفسدة وضياح لأموال أرباب السلع ، أو منع لهم من الاستصناع بالكلية قضى الصحابة وبعض الفقهاء بالتضمن ، وذلك نظراً إلى المآل الممنوع للفعل بصرف النظر عن النيات والمقاصد إذ ليس في المسألة قصد ولا نية .

وفي التعبير عن الجانب المادى أو الموضوعى من قاعدة الذرائع يقول الشاطبي بعد ذكر هذه القاعدة والتثيل لها بصورة بيع السلعة بعشرة إلى أجل ثم شرائها من مشتريها بخمسة قبل هذا الأجل : « ولكن هذا بشرط

أن يظهر لذلك قصد ويكثر في الناس بمقتضى العادة ،^(١) .

فالشرط أن يظهر القصد ويكثر في الناس عادة ، وإن لم يقصد العاقدان التذرع بهذا المقد إلى بيع خمسة نقداً بعشرة إلى أجل . لأن هذه الصورة من البيع قد كثر في الناس التعامل بها وقصد التذرع بها إلى المحرم ، فتمنع سداً لهذه الذريعة دون نظر إلى حقيقة قصد العاقدين .

ويقول أستاذنا الشيخ أبو زهرة في هذا^(٢) : « والنظر في هذه المآلات لا يكون إلى مقصد العامل ونيته بل إلى نتيجة العمل وثمرته ، وبحسب النية يثاب الشخص أو يعاقب في الآخرة ، وبحسب النتيجة والثمرة يحسن الفعل أو يقبح ، ويطلب أو يمنع لأن الدنيا قامت على مصالح العباد ، وعلى القسطاس والعدل ، وقد يستوجبان النظر إلى النتيجة والثمرة دون النية المحتسبة ، والقصد الحسن . . . ونرى من هذا أن المنع فيما يؤدي إلى الإثم أو إلى الفساد لا يتجه فيه إلى النية المخلصة فقط ، بل إلى النتيجة المشمرة أيضاً فيمنع لنتيجته ، وإن كان الله قد علم النية المخلصة . وقد يقصد الشخص الشر بفعل المباح ، فيكون آثماً بينه وبين الله ، ولكن ليس لأحد عليه سبيل ، ولا يحكم على تصرفه بالبطلان الشرعي ، كن يرخص في سلعته ، ليعض بذلك تاجرآ منافسه ، فإن هذا بلا شك عمل مباح ، وهو ذريعة إلى إثم ، وهو الإضرار بغيره ، وقد قصده ، ومع ذلك لا يحكم على عمله بالبطلان بإطلاق ، ولا يقع تحت التحريم الظاهر الذي ينفذه القضاء ، فإن هذا العمل من ناحية النية ذريعة للشر ، ومن ناحية الظاهر قد يكون ذريعة للنفع العام والخاص ، فإن البائع بلا شك يذتفع ببيعته ، من رواج تجارتها ومن حسن الإقبال عليه ، ويزدفع العامة من ذلك الرخص وقد يدفع إلى تنزيل الأسعار . فبدأ سد

(١) الموافقات ج ٤ ص ١٩٩ .

(٢) مالك بن أنس ص ٣٧٥ .

الذرائع لا ينظر فقط إلى النيات والمقاصد الشخصية كما رأيت ، بل يقصد مع ذلك إلى النفع العام ، أو إلى دفع الفساد العام فهو ينظر إلى النتيجة مع القصد أو إلى النتيجة وحدها .

ومثل ذلك يفعل ابن القيم عند تقسيمه للذرائع فيقول^(١) : « الفعل أو القول المفضى إلى المفسدة قسمان ... والثاني أن تكون موضوعة للإفشاء إلى أمر جائز ، أو مستحب فيتخذ وسيلة إلى المحرم إما بقصده أو بغير قصد منه : فالأول كمن يعقد النكاح قاصداً به التحليل ، أو البيع ، قاصداً به الربا ، والثاني كمن يسب أرباب المشركين بين أظهرهم . »

المطلب الثاني

أدلة اعتبار الشارع لقاعدة الذرائع

قلنا إن قاعدة الذرائع ترجع إلى أصل اعتبار المآل الذي قامت الأدلة الشرعية على اعتباره ، وكان رجوع هذه القاعدة إلى هذا الأصل كافياً في اعتبارها والتفريع على أساسها ، غير أن الشاطبي أقام الأدلة على اعتبار الشارع لهذه القاعدة بخصوصها . وقرر أن هذه القاعدة قد أخذت من استقراء نصوص الشريعة استقراء يفيد القطع ، وأن الشارع يمنع من الفعل الجائز إذا كان هذا الفعل ذريعة إلى مفسدة تساوى مصلحته أو تزيد . ثم قرر أن هذا المعنى الذي أخذ بالاستقراء من مواقع الشريعة يقوم مقام العموم المستفاد من الصيغة ، فيطبق على كل الوقائع غير المنصوص عليها دون حاجة إلى دليل خاص ، من قياس أو غيره . ثم أورد اعتراضاً للقرافي على هذه الطريقة ، ورد عليه ، مؤكداً أن العام الاستقرائي يقوم مقام العموم

(١) أعلام الموقعين ج ٣ ص ١٢٠ .

المستفاد من الصيغة . وإليك بعض النصوص التي أخذها الشاطبي في استقراء قاعدة سد الذرائع أولاً ، ثم إشكال القرافي والرد عليه ثانياً .

أولاً — النصوص الواردة على سد الذرائع :

قال الشاطبي إن استقراء نصوص الشريعة يعطى أن الشارع يمنع من الفعل الجائز إذا كان هذا الفعل ذريعة إلى مفسدة تساوى مصلحة هذا الفعل أو تزيد ، وذكر كثير من هذه النصوص وإليك بعضها :

١ — قول النبي صلى الله عليه وسلم حين أشير عليه بقتل من ظهر نفاقه . « أخاف أن يتحدث الناس أن محمداً يقتل أصحابه » ، فهنا نجد أن موجب القتل موجود ، وهو الكفر بعد الإيمان ، والسعي في إفساد المسلمين كافة بما كان يبشئ المنافقون من الدسائس بين المسلمين ، فكان قتلهم فعلاً مشروعاً لما فيه من دفع مفسدة كفرهم ، وبثم الدسائس بين المسلمين ، ولكن هذا الفعل المشروع ذريعة إلى هذه التهمة وهي أن محمداً يقتل أصحابه ، وهي مفسدة تزيد على مصلحة القتل بكثير .

٢ — قول الرسول عليه السلام لعائشة رضى الله عنها : « لولا قومك حديث عهدهم بكفر لآسست البيت على قواعد إبراهيم » .

فتأسيس البيت على قواعد إبراهيم لإذن فعل الأصل فيه الإذن لما فيه من مصلحة رد البيت إلى قواعد التي أمر الله أن يبنى عليها ، ولكن هذا الفعل ربما كان ذريعة إلى مفسدة في أكبر من هذه المصلحة ، وهي ارتداد الداخلين في الإسلام ، فكانت المفسدة في تأسيس البيت على قواعد إبراهيم أعظم من المصلحة فيه ، فمنع من الفعل المشروع لذلك .

٣ — نهى الرسول صلى الله عليه وسلم عن الخليطين كما روى عن جابر رضى الله عنه أن رسول الله عليه السلام « نهى أن ينبذ التمر والزبيب جميعاً ،

ونهى أن ينبذ الرطب والبسر جميعاً ، (١) مع أن الأصل في هذا الانتباه الإذن إلا أنه منع منه لما يؤدي إليه من مفسدة الإسكار كثيراً خصوصاً في البلاد الحارة .

٤ - نهى النبي عليه السلام عن شرب النبيذ بعد ثلاث ، وعن الانتباه في الأوعية التي لا يعلم بتخمير النبيذ فيها ، وبين عليه السلام أنه إنما نهى عن بعض ذلك لئلا يتخذ ذريعة ، فقال : لو رخصت في هذه لأوشك أن يجعلوها مثل هذه (٢) مع أن وقوع المفسدة في هذه الأمور ليست بغالبة في العادة وإن كثرت وقوعها .

٥ - حرم عليه السلام الخلوة بالمرأة الأجنبية ، وأن تسافر مع غير ذي محرم ، وعن الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها ، وقال : إنكم إن فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم ، وحرم خطبة المعتدة تصريحاً ، ونكاحها ، وحرم على المرأة في عدة الوفاة الطيب والزينة وسائر دواعي النكاح ، وكذلك الطيب وعقد النكاح للمحرم ونهى عن البيع والسلف . وعن هدية المديان ، وعن ميراث القاتل ، إلى غير ذلك مما هو ذريعة ، وفي القصد إلى الإضرار والمفسدة فيه كثرة وليس بغالب ، والشرعية بنيت على الاحتياط والأخذ بالحرم والتحرز عما عسى أن يكون طريقاً إلى مفسدة .

٦ - قول الله تعالى : ولا تسبوا الذين يدعون من دون الله فيسبوا الله عدواً بغير علم ، فحرم الله سب آلهة المشركين مع كون السب غيظاً وحمية وإهانة لألهتهم لكونه ذريعة إلى سبهم الله تعالى ، وكانت مصلحة ترك مسبته تعالى أرجح من مصلحة سبنا لألهتهم ، وهذا إشارة إلى المنع من الجائز لئلا يكون سبباً إلى فعل لا يجوز .

(١) رواه الجماعة إلا الترمذى ، نيل الأوطار ج ٩ .

(٢) نيل الأوطار ج ٩ .

٧ - قول الله تعالى « ولا يضربن بأرجلهن ليعلم ما يخفين من زينتهن ،
فمنعهن من الضرب بالأرجل وإن كان جائزاً في نفسه لثلاث سبباً إلى
سماع الرجال صوت الخلخال فيثير ذلك دواعي الفتنة .

٨ - نهى النبي عليه السلام أن تقطع الأيدي في الغزو لثلاث يكون
ذريعة إلى لحاق المحدث بالكفار ، ولهذا لا تقام الحدود في الغزو .

٩ - النهي عن منع فضل الماء لثلاث يكون ذريعة إلى منع الكلاء
كما علل به في نفس الحديث ، فجعله بمنعه غيره الماء مانعاً من الكلاء لأن
صاحب المواشي إذا لم يمكنه الشرب من ذلك الماء لم يتمكن من
الرعي حوله (١) .

كل هذه النصوص الشرعية اجتمعت على معنى واحد وأفادت فيه
القطع ، هو أن الفعل إذا كان مأذوناً فيه لما يترتب عليه من جلب مصلحة
أو دفع مفسدة ، ولكنه في نفس الوقت ذريعة إلى تفويت مصلحة أهم ،
أو حدوث ضرر أكبر ، فإن الشارع يقصد إلى المنع من هذا الفعل ،
تحصيلاً لأرجح المصلحتين ، دفعاً لأشد الضررين .

وهذا المعنى الكلي يجرى مجرى العموم في الأفراد ، ويحكم به على كل
فازلة تعن ، أو واقعة تحدث ويتبين للمجتهد أن الأصل فيها الإذن لما فيها
من مصلحة تستجلب ، أو مفسدة تندفع ، ولكنها تؤدي إلى حصول مفسدة
أشد ، أو تفويت مصلحة أهم ، فيحكم المجتهد بالمنع من هذا الفعل الجائز
أو المشروع بمقتضى الأصل ، دفعاً للمفسدة التي تربو على ما فيه من مصلحة ،
والمجتهد إذ يفعل ذلك إنما يطبق مقصداً شرعياً ، علم كونه مقصوداً للشارع
لا بنص واحد ، ولا بدليل معين ، ولكن بجملة نصوص تفوق الحصر .

(١) راجع الموافقات للشاطبي ج ٢ ص ٣٦٠ - ٣٦٤ ، وابن القيم في إعلام الموقعين .

وفي هذا يقول الشاطبي رضي الله عنه (١) : « العموم إذا ثبت فلا يلزم أن يثبت من جهة صيغ العموم فقط . بل له طريقان : أحدهما الصيغ إذا وردت . وهو المشهور في كلام أهل الأصول ، والثاني استقرار مواقع المعنى حتى يحصل منه في الذهن أمر كلي عام ، فيجري في الحكم مجرى العموم المستفاد من الصيغ » .

ويقول : « إن قاعدة الذرائع إنما عمل السلف بها بناء على هذا المعنى ، كعملهم في ترك الأضحية مع القدرة عليها (٢) وكإتمام عثمان الصلاة في حجة بالناس (٣) . وتسليم الصحابة له في عذره الذي اعتذر به من سد الذريعة ، إلى غير ذلك من أفرادها التي عملوا بها ، مع أن المنصوص فيها إنما هو أمور خاصة كقوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا لا تقولوا راعنا ، وقوله « ولا تسبوا الذين يدعون من دون الله ، وفي الحديث : « إن من أكبر الكبائر أن يسب الرجل والديه » ، وأشبه ذلك ، وهي أمور خاصة لا تتلاقى مع ما حكموا به إلا في معنى سد الذريعة » .

ثم يقول . « ولهذا المسألة فوائد تدلني عليها ، أصلية وفرعية . وذلك أنه إذا تقررت عند المجتهد ، ثم استقرى معنى عاماً من أدلة خاصة ، واطرد له ذلك المعنى لم يقتصر بعد ذلك إلى دليل خاص على خصوص نازلة تعن ، بل يحكم عليها وإن كانت خاصة ، بالدخول تحت عموم المعنى المستقرى من غير اعتبار بقياس أو غيره ، إذ صار ما استقرى من عموم المعنى كالمخصوص بهيئة عامة ، فكيف يحتاج مع ذلك إلى صيغة خاصة بمطالبة ؟ » (٤) .

(١) الموافقات ج ٣ ص ٢٩٨ .

(٢) كما أخرج البيهقي عن أبي بكر أنها كانا لا يضحيان كراهة أن يضن من رأها وجوبها ، وكذا روى عن ابن عباس . وبلال ، وابن مسعود ، وابن عمر .

(٣) روى البيهقي عن عثمان أنه أتى ثم خطب فقال : « إن القصر سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم وصاحبيه ، ولكنه حدث طعام نخفت أن تستنوا » .

(٤) الموافقات ج ٣ ص ٣٠٤ .

ثانياً — إبطال للقرا في ورده :

١ — إشكال القرافي :

يرى القرافي أن استدلال المالكية على الشافعية في سد الذرائع لا يسلم لهم ، وذلك لأن المالكية إنما يذكرون في هذا الاستدلال نصوصاً تدل على سد الذرائع في الجملة ، وهذا مجمع عليه ولا يخالف فيه الشافعية ، وإنما يخالف الشافعية في ذرائع خاصة ، كبيع الآجال ونحوها ، فكان على المالكية أن يذكروا أدلة خاصة بالذرائع المختلف عليها ، وإلا فإن الأدلة على سد الذرائع جملة لا تفيد ، والمالكية إن قصدوا القياس على الذرائع المنصوص على سدها لوجب أن يكون سندهم هو القياس ، وكان عليهم إبداء الجامع بين الأصل والفرع حتى يتمكن الشافعية من إبطاله ، أو إبداء فارق بينهما . والمالكية لا يعتقدون أن دليلهم هو القياس وحده ، بل يصرحون بأن دليلهم هو النصوص التي قضت بسد الذرائع جملة ، وهذا ليس بصحيح بل عليهم أن يذكروا نصوصاً خاصة بسد الذرائع المختلف فيها .

٢ — رد هذا الإشكال :

ولقد رد الشاطبي على هذا الإشكال بأن النصوص الواردة في سد الذرائع أفادت معنى سد الذرائع بطريق الاستقراء المفيد للقطع ، وصار معنى سد الذرائع عاماً مستفاداً من هذا الاستقراء ، فيطبق هذا العام على كل فرد يدخل تحته ، تماماً كما يطبق العام المستفاد من الصيغة على كل الأفراد الداخلة تحته ، ولا يحتاج المجتهد إلى دليل خاص من نص أو قياس على سد الذرائع في الوقائع التي تجدد والحوادث التي يتحقق فيها مناهة هذه القاعدة . وإليك إشكال القرافي كما صرح به في فروقه ، ثم عبارة الشاطبي في الرد على هذا الإشكال :

يقول القرافي في الفروق^(١): « ويحكي عن المذهب المالكي اختصاصه بسد الذرائع ، وليس كذلك ، بل منها ما أجمع على سده كما تقدم ، وحينئذ يظهر عدم فائدة استدلال الأصحاب على الشافعية في سد الذرائع بقوله تعالى « ولا تسبوا الذين يدعون من دون الله » ، وبقوله تعالى « ولقد علمتم الذين اعتدوا منكم في السبت » ، وبقوله عليه السلام « لعن الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فباعوها وأكلوا أثمانها » ، وبإجماع الأمة على جواز البيع والسلف مفترقين وتحريمهما مجتمعين لذريعة الربا ، وبقوله عليه السلام ، لا يقبل الله شهادة خصم ولا ظنين ، خشية الشهادة بالباطل ، ومنع شهادة الآباء للأبناء والعكس ، فهذه وجوه كثيرة يستدلون بها وهي لا تفيد ، فإنها تدل على اعتبار الشرع سد الذرائع في الجملة وهذا مجمع عليه ، وإنما النزاع في ذرائع خاصة ، وهي بيع الآجال ونحوها ، فينبغي أن تذكر أدلة خاصة لمحل النزاع وإلا فهذه لا تفيد ، وإن قصدوا القياس على هذه الذرائع المجمع عليها فينبغي أن يكون حجتها القياس خاصة ، ويتعين حينئذ عليهم إبداء الجامع حتى يتعرض الخصم لدفعه بالفارق ويكون دليلهم شيئاً واحداً وهو القياس ، وهم يعتقدون أن مدركتهم هذه النصوص ، وليس كذلك فتأمل ذلك ، بل يتعين أن يذكروا نصوصاً أخرى خاصة بذرائع بيع الآجال خاصة ويقتصرون عليها .

فأنت ترى أن حاصل إشكال القرافي أن غاية ما استدل به المالكية أن النصوص تفيد إثبات سد الذرائع في الجملة ، أعني ، ولو في صورة من الصور ، ولتسكن المتفق عليها ولا دلالة لهذا على خصوص الصور التي ادعاها المالكية .

ويرد الشاطبي على هذا الإشكال فيقول^(٢): « وهو — أى إشكال القرافي — غير وارد على ما تقدم بيانه ، وهو أن العام الاستقرائي يقوم

(١) الفروق ج ٣ ص ٢٦٦ .

(٢) الموافقات ٣ : ٣٠٥ .

مقام العام المستفاد من الصيغة ، لأن الذرائع قد ثبت سدها في خصوصات كثيرة بحيث أعطت في الشريعة معنى السد مطلقاً عاماً . وخلاف الشافعي هنا غير قادح ، ولا خلاف أبي حنيفة .

أما الشافعي ، فالظن به أنه تم له الاستقراء في سد الذرائع على العموم . ويدل لذلك قوله بترك الأضحية إعلالاً بعدم وجوبها ، وليس في ذلك دليل صريح من كتاب أو سنة وإنما فيه عمل جملة من الصحابة ، وذلك عند الشافعي ليس بحجة ، لكن عارضه في مسألة بيوع الآجال دليل آخر رجح على غيره فأعمله ، فترك سد للذريعة لأجله ، وإذا تركه لعارض راجح لم يعد مخالفاً .

وأما أبو حنيفة فإن ثبت عنه جواز إعمال الحيل لم يكن من أصله في بيوع الآجال إلا الجواز ، ولا يلزم من ذلك تركه لأصل سد الذرائع . وهذا واضح ، إلا أنه نقل عنه موافقة مالك في سد الذرائع فيها ، وإن خالفه في بعض التفاصيل ، وإذا كان كذلك فلا إشكال .

والخلاصة أن قاعدة الذرائع قاعدة متفق عليها بين الأئمة ، وأن الشافعي لا يجيز التذرع بفعل جائز إلى الحرام والمفسدة ، ولا يقول بجواز التذرع بالبيع إلى الربا ، إلا أنه رضى الله عنه لا يهتم من لم يظهر منه قصد إلى الممنوع ، ومالك يهتم بسبب ظهور فعل اللغو ، وهو دال على القصد إلى الممنوع ، فقاعدة الذرائع إذن متفق عليها في الجملة وإنما الخلاف في تحقيق مناط هذه القاعدة في بعض الجزئيات .

المطلب الثالث

تطبيقات قاعدة الذرائع

في هذا المطلب نذكر بعض تطبيقات لقاعدة الذرائع ، وسوف نقسم هذه التطبيقات إلى طوائف ثلاث :

في الطائفة الأولى نجد أفعالا مشروعة بحسب الأصل لما يترتب عليها من المصالح ، ولكنها ذريعة إلى مفسدة راجحة على المصلحة المقصودة من ذلك الفعل .

وفي الطائفة الثانية نجد أن فعلا مشروعا بحسب الأصل لما يترتب عليه من المصالح ، ولكنه ذريعة إلى مفسدة ، إلا أن هذا الفعل لا يمنع لأن المصلحة المترتبة عليه تربو على المفسدة الناتجة عنه .

وفي الطائفة الثالثة من الأمثلة نجد أن أمراً ما كان الأصل فيه أن يكون سبباً أو شرطاً ، ثم ترك هذا الأصل سداً للذريعة ، أى لما يترتب على القول بهذه السببية أو الشرطية من المفسدات الزائدة على المصلحة المقصودة من جعل الشيء سبباً أو شرطاً . وهذا يعنى أن قاعدة الذرائع كما تطبق على الأحكام التكميلية تطبق على الأحكام الوضعية .

أولاً : الطائفة الأولى : أفعال مأذون فيها منعت لأنها ذريعة إلى مفسدة راجحة :

١ — إقامة الحدود في الغزو فعل مأذون فيه لما يترتب عليه من مصالح الزجر عن المفسدات ، ولكنه منع منه لئلا يكون ذريعة إلى إلحاق الحدود بالكفار ، وهي مفسدة تزيد على مصلحة إقامة الحد في الغزو (١) .

(١) إعلام الموقعين لابن القيم ج ٣ ص ١٥٥ .

٢ - قبول الهدية فعل مأذون فيه لما يترتب عليه من مصلحة التألف والتحاب بين المسلمين ، ولكن الحاكم والقاضى وكل من يلى وظيفة عامة يمنع من قبول الهدية ، لأنه ذريعة إلى قضاء حاجة المهدى ، ولو لم يكن صاحب حق فيما يطلب الحكم أو القضاء له به .

٣ - شهادة العدو على عدوه هي فى الأصل جائزة لما يترتب عليها من الوصول إلى الحقوق وإثبات الدعاوى ولكنها تمنع لثلاث يتذرع العدو بهذه الشهادة للنيل من عدوه وإلحاق الضرر به بالباطل .

٤ - تقديم أحد الخصمين على الآخر فى مجلس القضاء أمر لامفسدة فيه لذاته ، ولكنه لما كان ذريعة إلى كسر قلب الخصم الآخر وضعفه عن إقامة حجته ، واعتقاده أن محاولة إثبات صحة ما يدعيه لا فائدة لها ، مادام القاضى يميل إلى خصمه ويقدمه عليه ، لما كان ذريعة إلى هذه المفاسد منع منه .

٥ - حكم القاضى بعلمه سبب مشروع للحكم بما عليه ، وذلك لما يترتب عليه من مصلحة إثبات الحقوق التى قد لا يطلع عليها غير الحاكم شخصياً . ولكنه لما كان ذريعة إلى الحكم بالباطل من بعض القضاة السوء منع منه .

٦ - الأضحية عمل مشروع ، بل هو السنة الثابتة ، لما يترتب عليه من المصالح ، ولكن بعض الصحابة والأئمة تركوا هذا فى بعض الأوقات خشية أن يعتقد بعض الناس وجوب الأضحية ، ومثل ذلك ترك عثمان القصر فى الحج مع أن القصر فعل مشروع كما صرح به عثمان نفسه ، لئلا يكون ذريعة إلى اعتقاد العامة أن الصلاة ركعتان فى جميع الأوقات .

٧ - شراء الطعام ، وتخزينه للبيع بسعر مرتفع رجاء الربح أمر جائز وتجارة مشروعة ، لما يترتب عليها من مصالح كسب الرزق والقيام على

النفس والولد ، ولكن إذا ترتب على هذا الاختكار الإضرار بمصالح الجماعة ، والتحكم في أقواتهم برفع الأسعار منع من ذلك ، وهو الاختكار الذي عناه النبي عليه السلام من قوله : « لا يحتكر إلا خاطيء » .

٨ - البيع والإجارة وغيرهما من العقود الأصل فيها الجوار والإذن لما يترتب عليها من المصالح الخاصة بها . ولكن هذه العقود إذا كانت ذريعة إلى محرم أو مفسدة ينهى عنها الشرع منع منها ، ومن ثم منع من بيع السلاح في الفتنة ، وللكفار والبغاة وقطاع الطرق ، وبيع الأمة لمن يفسق بها ، أو استئجار امرأة للخدمة ، أو إجارة داره أو حانوته لمن يقيم فيها ما يعد معصية ، وكذلك عصر العنب لمن يتخذ خمرًا . فكل هذه عقود الأصل فيها الإذن لما يترتب عليها من المصالح ، ولكن لما كان مآلها إلى المفسدة المحرمة حرمت ، لأن درء المفسد مقدم على جلب المصالح^(١) .

٩ - نكاح المسلم للكتابية مشروع لما يترتب عليه من المصالح ، وقد منع عمر بعض الصحابة الذين يقتدى بهم من التزوج باليهوديات ، لما كان ذلك ذريعة إلى التزوج بالمومسات ، لأن غالب اليهود لا يرون حرجاً في اتخاذ الدعارة حرفة إذا كان في ذلك مصلحة لبني جلدتهم ، ولئلا يتخذ ذريعة إلى الزواج من اليهوديات الجمالهن والعزوف عن الزواج من المسلمات ، وفي ذلك من الفتنة والفساد ما فيه^(٢) .

ويقرب من هذا منع الدولة بعض الطوائف من التزوج بالأجنبيات ، سداً لذريعة المساس بمصالح الدولة العامة ، أو الخاصة ، وذلك كمنع رجال السلك الدبلوماسي من الزواج بالأجنبيات ، وكذلك منع الطلبة الذين يدرسون بالخارج من الزواج بأجنبية أثناء الدراسة . فهذا منع من جائز

(١) راجع أعلام الموقعين ج ٣ ص ١٧٠ .

(٢) أحكام القرآن للجصاص ج ٢ ص ٣٩٧ ، الآثار لمحمد بن الحسن ص ٧٥ نقله صاحب

رسالة تعليل الأحكام ص ٤٣ .

ثلاثا يتذرع به إلى الممنوع . كإفشاء أسرار الدولة ، وانشغال الموفدين عن العلم وهكذا .

١٠ — قسمة الغنيمة بما فيها العقار على الغانمين أمر مشروع مأذون فيه لما يترتب عليه من المصالح ، وقد رأى عمر رضى الله عنه ، ووافقته الصحابة عدم قسمة الأرض وتركها بأيدي أصحابها على خراج يؤدنه للدولة ، وذلك لأنهم رأوا أن قسمة الأرض على الفاتحين ذريعة إلى مفسدة راجحة على تلك المصلحة ، وذلك أن الأرض لو قسمت على الفاتحين ، فإن الدولة الإسلامية لا تجد المال اللازم لتجهيز الجيوش وإمدادها بالسلاح لحفظ الثغور الإسلامية ، وحماية أرض الدولة . هذا على فرض أن النصوص لا تفيد إبقاء الأرض دون قسمة (١) .

وسند عمر والصحابة في هذه الفتوى هو قاعدة الذرائع المتفق عليها في الجملة ، وإن وقع الخلاف في تحقيق مناطها في بعض الجزئيات ، والاستدلال بهذه القاعدة استدلال بنصوص تفوق الحصر اجتمعت على معنى ترك الأمر الجائز المشروع ، إذا كان ذريعة إلى مفسدة تزيد على المصلحة المقصودة بالإذن ، وبذلك لا يجوز القول بأن الصحابة خصصوا نص آية تقسيم الغنائم بالرأى ، أو بالمصلحة المجردة . إذ المخصص في الحقيقة على فرض أن آية الغنائم تفيد هذا المعنى هو النصوص الكثيرة التي أفادت أن الأمر المشروع بالأصل يمنع منه إذا أدى إلى مفسدة تساوى مصلحة هذا الفعل أو تزيد .

١١ — خروج النساء إلى المساجد فعل مأذون فيه لقول الرسول عليه السلام « لا تمنعوا إماء الله مساجد الله وليخرجن ثقلات » وقوله « لا تمنعوا نساءكم المساجد ويوتن خير لهن » . ولكن لما تغيرت النفوس وضعف سلطان

(١) راجع في تفصيل هذا رسالة تعليل الأحكام ص ٤٨ .

الدين على القلوب ، وكان خروج النساء إلى المساجد بالليل ربما يتخذ ذريعة إلى إيذاهن من بعض ذوى النفوس الدنيئة من الرجال ، أو ربما يتخذه بعض النساء ذريعة إلى ما لا يرضى ، رأت عائشة أن خروج النساء إلى المساجد يجب أن يمنع سداً للذريعة ، ومنعاً للفساد ، وقالت : « لو أدرك رسول الله صلى الله عليه وسلم ما أحدث النساء لمنعهن المساجد »^(١).

ولقد حدث ابن عمر بحديث رسول الله « اتذنبوا للنساء إلى المساجد بالليل » ، فقال ابن له : « لا نأذن لهن فيتخذنه دغلاً ، والله لا نأذن لهن ، فسبه وغضب ، وقال : « أقول قال رسول الله : اتذنبوا لهن ، وتقول لا نأذن لهن ؟ »

وهذا لا يفسر خلاف الصحابة حول قاعدة الذرائع . فإن أحداً لا يقول بأن الشارع إذا نهى عن مفسدة ، فإنه يبيح لعباده الطرق والأسباب والذرائع الموصلة إليها ، وإلا كان ذلك تناقضاً ، وكان مؤدياً إلى مخالفة مقصود الشارع من دفع المفساد ما أمكن الدفع ، وسد كل طرق الشر ومسالكه ، ولكنه يفسر الخلاف - والله أعلم - في تحقيق مناط هذه القاعدة . فبينما ترى عائشة ، وابن ابن عمر ، أن الزمان قد تغير ، وأن الدين قد ضعف سلطانه على النفوس ، وأن الخروج إلى المساجد بالليل يتخذ ذريعة إلى المفساد غالباً ، ولذلك يجب أن يمنع محافظة على قصد الشارع الذى عرف من نصوصه ، يرى ابن عمر ، أن العصر الذى يعيش فيه لا زال عصر طهر وعفاف ، وأن حصول المفسدة من خروج النساء إلى المساجد نادر أو فى حكم المعدوم ، وأن فى شهود النساء المساجد والجماعات مصالح محقة لا تترك لمفساد موهومة أو معدومة ، ولا يمكن القول بأن ابن عمر يميز خروج النساء إلى المساجد بالليل ، وإن كثرت حدوث الفسق ، وغلب وقوع الفاحشة بمن يتذرعن بهذا الخروج إلى أغراضهن الخبيثة ،

(١) رواه أبو داود ، نقله صاحب رسالة تعليل الأحكام ص ٣٩ .

فإن الشارع لا يرضى بالفاحشة ولا يفتح الطرق إلى الفسق قط . فالخلاف في تحقيق مناط القاعدة وتطبيقها على الجزئيات .

١٢ — مراجعة الرجل لزوجته التي طلقها ثلاثاً بلفظ واحد أمر مأذون فيه لما يترتب عليه من مصلحة استدامة العشرة ، والإبقاء على الأسرة ، ولكن عمر بن الخطاب رضى الله عنه رأى أن هذه المراجعة بعد الطلاق الثلاث بلفظ واحد ذريعة إلى مفسدة ، تتمثل في تتابع الناس في التطليق ثلاثاً بلفظ واحد ، وهو لعب بكتاب الله ، ومخالفة للسنة التي سنّها رسول الله صلى الله عليه وسلم . فالزوج الذي يعلم أن طلاق الثلاث واحدة ، وأن له الرجعة بعده ، لا يجد ما يزرجه عن إيقاع الثلاث دفعة واحدة ، ولا يجد الداعي الذي يدعوه إلى اتباع السنة في تفريق الطلاق . ومفسدة ترك الستة في تفريق الطلاق ، واللعب بكتاب الله تعالى ، أرجح في نظر عمر بن الخطاب من المصلحة المترتبة على إباحة الرجعة بعد الطلاق الثلاث بلفظ واحد . ولذلك منع من المباح سداً للذريعة ، ومنعاً للمفسدة الراجعة في نظره .

ولست بصدد إثبات صحة الرواية لهذه الفتوى عن عمر ، ولا في طرق رجال الحديث في تفسير ما نسب إلى عمر رضى الله عنه ، والتوفيق بينه وبين الأحاديث الأخرى التي تجعل طلاق الثلاث بلفظ واحد ثلاث طلقات ، وأن هذا هو ما كان متبعاً في زمن النبوة وبعده ، وإنما الذي أردته أنه على فرض صحة رواية ابن عباس رضى الله عنه « كان الطلاق على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وسنتين من خلافة عمر طلاق الثلاث واحدة » ، فقال عمر بن الخطاب : إن الناس قد استعجلوا في أمر كانت لهم فيه أناة ، فلو أمضيناه عليهم ، فأمضاه عليهم^(١) ، على فرض أن طلاق الثلاث كان واحدة في زمن

(١) رواه مسلم وأحمد والحاكم .

النبوة ، وبعده إلى خلافة عمر ، وأن عمر أوقع مثل هذا الطلاق ثلاثاً . فإن هذه الفتوى ليست عملاً بالرأى المجرد ، أو تشريعاً بالمصلحة التي لا تستند إلى نصوص الشريعة ، وإنما هي تطبيق لقاعدة الذرائع التي أخذ معناها من استقرار النصوص الشرعية ، وسواء أصادف التوفيق عمر في هذه الفتوى أم لم يصادفه ، فإنه قد طبق قاعدة شرعية ، ورأى أن مناطها يتحقق في هذا الفرع ، والاجتهاد في تحقيق مناط أى دليل جائز مسلم به من كل المجتهدين ، وهم يختلفون في تحقيق مناط الأدلة ، وتطبيق القواعد على الجزئيات ، فما فعله عمر من هذا القبيل ، فهو رضى الله عنه لم يخالف نصاً بمصلحة ، وإنما طبق قاعدة أخذ معناها من عدة نصوص حتى أصبحت معنى عاماً أخذ بطريق الاستقراء ، لا يختلف عن العام المستفاد من الصيغة في قوة الاحتجاج به والبناء عليه .

١٢ — اتخذ غير المسلم حرفة معينة كالصياقة والجزارين ونحو ذلك عمل مأذون فيه ، لا يترتب عليه مفسدة لذاته ، بل فيه مصالح القيام بالتحرف والتكسب ، ولكن عمر بن الخطاب كتب إلى البلدان ينهاهم أن يكون غير المسلمين صياقة في الأسواق ، وأن يقاموا من الأسواق ، معللاً ذلك بأن الله أغنى المسلمين عنهم ، وقد روى عن مالك أن عمر إنما رأى ذلك منعاً لذريعة اعتقاد صحة التعامل بالربا ، لأن هؤلاء يتعاملون بالربا فإذا تركوا دون إنكار من المسلمين فربما ظن بعض المسلمين أن التعامل بالربا جائز في الشرع .

ومن هذا القبيل منع الدولة بعض الأجانب من بعض الأعمال الهامة التي تتعلق بالمصالح العليا للدولة ، ولا يؤتمن عليها غير الوطنيين ، وفرض قيود على بعض الحرف والأعمال ، وإن كان الأصل أن كل مواطن له الحق في اختيار الحرفة التي تعجبه والعمل الذي يروق له ، وذلك سداً لذريعة الفساد والإضرار .

١٤ — ويمكن التمثيل لهذا النوع من الذرائع بمنع الدولة من ذبح إناث الأنعام — وهو عمل في الأصل جائز مشروع — ، إذا كان ذلك يؤدي إلى قلة الإنتاج ، وحدوث المجاعات ، وعدم توفر ما يكفي حاجة الاستهلاك من اللحوم ، وكذلك بيع اللحوم في أى وقت جائز مشروع ولكنه قد يمنع البيع في أيام مخصوصة ، إذا كان إطلاق حرية البيع ذريعة إلى عدم كفاية المعروض من اللحوم عن حاجة الاستهلاك .

١٥ — وكذلك الأصل أن الإنسان حر في ملكه يفعل فيه ما يشاء ، ولكن قد يمنع الإنسان من بناء مصنع في جهة آهلة بالسكان ، إذا كان وجود هذا المصنع في تلك الجهة ذريعة إلى الأضرار بالصحة العامة أو خطراً على حياة الناس .

١٦ — وكذلك الحال في نطاق الزراعة ، فإن الأصل أن المالك أن يزرع المحصول الذى يعجبه في أرضه ، دون قيود على هذه الحرية ، ولكن إذا تبين أن ترك الحرية الكاملة للزراع يؤدي إلى كثرة الناجم من محصول معين لا يمكن للسوق المحلى استيعابه ، وليس في الإمكان تصديره ، فيتلف على الأمة ، في حين أن هناك محصولاً آخر تشتد حاجة الناس إليه ، قد عزف عنه الزراع طمعاً في الربح الوفير ، غير عالمين بظروف السوق الخارجية ، وعلاقات الدولة بالدول التى اعتادت استيراد هذه السلعة .

والمهم في كل هذه الحالات أن يكون مناط القاعدة قد توافر في الفرع الذى يراد معرفة حكمه ، أى منعه لما يؤدي إليه من الفساد والإضرار ، فالأمر يتعلق بتحقيق المناط وليس في الدليل نفسه أو القاعدة ذاتها .

١٧ — الأصل أن لكل إنسان أن يبيع سلعته بالسعر الذى يروق له ، دون فرض قيود على حرّيته ، ولكننا نرى بعض الصحابة والمجاهدين ، يمنع البائع من البيع بالسعر الذى يريده ، إذا كان البيع بهذا السعر وسيلة للإضرار بالغير وذريعة إلى المفسدة .

فمن ذلك ما روى عن عمر رضى الله عنه أنه مر بحاطب بن أبى بلتعة وهو يبيع زيبياً له ، فسأله عن السعر ، فقال حاطب : « مدين لاسكل درهم » ، فقال له عمر : « قد حدثت بغير من الطائف تحمل زيبياً ، وهم يغترون بسعرك ، فإما أن ترفع السعر وإما أن تدخل زيبيك فتبيعه كيف شئت ، (١) . ولقد راجع عمر نفسه بعد ذلك ، وقال لحاطب « بع كيف شئت » .

فعمر ظن أن حاطباً يرخص فى السعر بقصد القضاء على منافسه ، والإضرار بالغير القادمة من الطائف ، وهو إذا أرخص فى السعر بهذا القصد ، فإن التجار القادمين بالسلع من الخارج سوف يمتنعون عن الجلب ، وبذلك لا يبقى منافس لهذا المرخص فى السعر فيبيع كيف شاء بعد القضاء على المنافس ، وعند ذلك يرفع السعر وهذه هى المنافسة غير المشروعة فى القانون الحديث ، وفيها مصلحة حاضرة ، ولكنها تتخذ ذريعة لمفسدة أرجح منها فى المستقبل .

وربما تأكد عمر بعد ذلك أن حاطباً لا يقصد شيئاً من ذلك ، وأن قرينة البيع بهذا السعر لا تصلح دليلاً على القصد الذى هو مناط الحرمة وسبب المنع فى هذه الحالة فرجع لحاطب وقال له ما قال .

والذى يهمنى أن أرى على الأمر إذا تأكد أن مزاوله التجار للأعمال المشروعة ، إنما اتخذت ذريعة إلى ما ليس بمشروع ، وأنهم تعسفوا فى استعمال حقوقهم بقصد الإضرار بمنافسيهم ، والتحكم فى الأسواق وأرزاق الناس بعد ذلك ، فإن له أن يمنعهم ، سداً للذريعة ، وأما إذا كان الإرخاص فى السعر لا يعنى إلا المنافسة الحرة الشريفة التى لا تؤدى إلى الاحتكار للسلعة أو التحكم فى الأرزاق فإنه لا يمنع البيع بالسعر الذى يحدده قانون العرض والطلب .

ومن ذلك ما روى عن المالكية والحنابلة أن لولى الأمر أن يحدد للتجار سعراً يبيعون به إذا حاولت طائفة تتعامل فى سلعة معينة أن تستغل حاجة المسلمين وأن ترفع الأسعار إلى الحد الذى لا يبرره قانون العرض والطلب، وإنما يملئه الجشع وحب المال، بحيث يعرضون سلعهم بأثمان باهظة، وبغبن فاحش، وبسعر لا يقدر عليه عامة الناس، فعند ذلك يمنعون من البيع إلا بالسعر العدل، فهو إذن من باب المنع من المباح إذا اتخذ ذريعة للمفسدة والإضرار.

وقد يقال إن الفتوى بجواز التسعير عمل بالرأى فى مقابلة النص حيث إن الرسول عليه السلام امتنع عن التسعير لما طلب منه ذلك. ويجاب على هذا بأن هذه الفتوى تعد تطبيقاً للنص الذى منع من التسعير نفسه، ذلك أن الفقهاء القائلين بجواز التسعير قد اجتهدوا فى إستنباط مناط هذا النص، وقد أدامم اجتهدهم إلى أن مناط المنع من التسعير هو أنه ظلم للتجار طالما أن ارتفاع الأسعار فى عهد الرسول عليه السلام جاء نتيجة لقانون العرض والطلب، وليس نتيجة جشع طائفة من التجار الذين يتحكمون فى السوق، ويحتكرون أقوات المسلمين، وقد أشار الحديث الوارد بترك التسعير إلى هذا المعنى حيث يقول الرسول صلى الله عليه وسلم «لنى لأرجو أن ألقى الله وليس أحد فيكم يطلبنى بمظلمة فى دم ولا مال» (١) فهذه العبارة تشير إلى أن العلة فى ترك التسعير هى ترك الظلم، وهذا يعنى أن ارتفاع الأسعار كان دون تدخل التجار، فإذا ما تبين أن التجار هم الذين رفعوا الأسعار طمعاً فى الربح الحرام، فإن هذا يعد ظلماً يجب على ولى الأمر رفعه، والتسعير هو الوسيلة لهذا الرفع.

(١) روى أنس رضى الله عنه قال «غلا السعر فى المدينة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقال الناس يا رسول الله غلا السعر فسرلنا . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: إن الله هو المسعر القابض الباسط الرازق، أنى لأرجو أن ألقى الله وليس أحد فيكم يطلبنى بمظلمة فى دم ولا مال» رواء الخمسة إلا النسائى .

ثانياً : الطائفة الثانية : أفعال الأصل فيها الإذن وهي ذريعة إلى مفسدة ولكنها لا تمنع لرجحان مصلحتها على المفسدة المتذرع بها إليها :

١ — دفع المال للكفار فداء لأسرى المسلمين فعل هو ذريعة إلى محرم ، لأن فيه إغاثة للكفار ، وتقوية لهم على حرب المسلمين ، ومع ذلك فالدفع جائز عند المالكية ، لأن هذا الفعل يفضى إلى مصلحة راجحة على تلك المفسدة ، هي تخليص المسلمين من الرق والقتل والفتنة في الدين لو تركوا بأيدي المشركين .

٢ — دفع مال لرجل يأكله حراماً ليكف عن ارتكاب فاحشة من امرأة مسلمة ، فعل يعد ذريعة إلى مفسدة ، وهي أكل مال المسلم بالباطل ، إذ لا يستحق أحد أجراً على ترك الفسق والعصيان ، ولكن هذا الفعل أجيز لما يؤدي إليه من المصلحة الراجحة ، وهي حفظ عرض المسلمة ، ومنع الفاحشة ومصلحة حفظ الأعراض أهم في نظر الشارع من مفسدة دفع مال إلى من يأكله ظلماً .

٣ — دفع المال للمحارب حتى لا يقع القتل بينه وبين صاحب المال ، ذريعة إلى مفسدة أكل مال الغير بالباطل ، ولكنه لم يمنع منه نظراً لأن هذا الدفع يترتب عليه مصلحة راجحة ، وهي منع القتل وسفك الدماء ، وهي مفسدات تروبو على مفسدة دفع جزء من المال للمحارب .

وفي هذه الفروع الثلاثة المتقدمة يقول القرافى :

« قد تكون وسيلة المحرم غير محرمة إذا أفضت إلى مصلحة راجحة » ثم يقول بعد ذكر الأمثلة الثلاثة : « فهذه الصور كلها الدفع فيها وسيلة إلى المعصية بأكل المال ، ومع ذلك فهو مأمور به لرجحان ما يحصل من المصلحة على هذه المفسدة » (١) .

٤ — المنع من تلقى الركبان فعل يعد ذريعة إلى مفسدة هي منع الشخص من التكسب والسعى في طلب الرزق ، ولسكنه أجز لأن المصلحة المترتبة على هذا المنع وهي مصلحة عامة ، راجحة على مفسدة المنع .

٥ — منع الحاضر من البيع للبائى ذريعة إلى مفسدة هي المنع من النصيحة إن كان البيع دون أجر ، والمنع من الأجر إن كان البيع بأجر ، ولكن هذا المنع جائز لأن المصلحة المترتبة عليه راجحة على المفسدة ، لأنها مصلحة العامة أهل الحضر ، فى حين أن المفسدة راجحة إلى البائى أو الحاضر وحده .

٦ — منع الصحابة أبا بكر من التحرف والقيام على الأولاد ، وجعل نفقته فى بيت مال المسلمين ، ذريعة إلى مفسدة ، هي منعه من العمل الذى يريده والحرفة التى يختارها ؛ ولسكنه أجز لأن المصلحة المترتبة على ذلك وهي القيام على مصالح المسلمين مصلحة راجحة .

وفى الفروع الأربعة الأخيرة يقول الشاطبى فى الموافقات (١) فيما إذا توارد النهى عن الفعل من حيث الأصل ، والأمر من حيث التعاون والمآل ، وأن العبرة بما يؤول إليه الفعل ، ويتذرع به إليه ، إذا كان من باب تقديم مصلحة عامة على خاصة : « ولسكنه صحيح إذا نزل منزلته ، وهو أن يكون من باب الحكم على الخاصة لأجل العامة ، كالمنع من تلقى الركبان ، فإن منعه فى الأصل ممنوع ، إذ هو من باب الارتفاق ، وأصله ضرورى أو حاجى ، لأجل أهل السوق ، ومنع بيع الحاضر للبائى ، لأنه فى الأصل منع من النصيحة إلا أنه إرفاق بأهل الحضر ، وتضمن الصناع قد يكون من هذا القبيل ، وله نظائر كثيرة ، فإن جهة التعاون هنا أقوى ، وقد أشار الصحابة على الصديق إذ قدموه خليفة ، بترك التجارة والقيام بالتحرف على العيال ، لأجل ما هو أهم فى التعاون ، وهو القيام بمصالح المسلمين ، وعوضه من ذلك فى بيت المال ، وهذا النوع صحيح كما تفسر . »

ففي هذه الفروع نجد أن الفعل المباح ذريعة إلى مفسدة ، وإن كان في نفس الوقت يحصل مصلحة راجحة على تلك المفسدة فلا يمنع . والذي يجب التنبيه عليه أن شيئاً من هذه الأفعال لم يكن مفسدة في نفسه ، أو ما يطلق عليه محرماً لذاته ، بل كان ذريعة لمفسدة ، وإن كان في ذات الوقت يحقق مصلحة راجحة . فإذا كان الفعل محرماً لذاته أو يتعين للمفسدة بنفسه ، فإنه يمنع ، ولا يقال بجوازه لما يترتب عليه من المصلحة الراجحة ، فإن هذا لا يتأتى ، لأن الله عز وجل لم يجرم شيئاً لذاته يمكن أن تترتب عليه مصلحة راجحة .

وعلى هذا فإن الذي يسرق ليس من مسجداً ، أو ينفق على الأيتام ، يرتكب إثماً ويقام عليه الحد ، لأن السرقة فعل محرم لذاته ، ويتضمن المفسدة ، وليس فقط ذريعة أو وسيلة إلى الفساد .

ولذلك نجد الشاطبي عندما يتكلم على حكم ما إذا كان الفعل منهياً عنه من جهة الأصل ، ومأذون فيه من جهة ما هو ذريعة له يفرق بين حالتين : حالة المحرم لذاته ، أو الفعل الذي هو مفسدة في نفسه فلا يجوز ، وإن كان ذريعة لمصلحة ، وحالة ما إذا كان الفعل غير مأذون فيه بسبب أنه ذريعة إلى المفسدة ، وإن كان في نفس الوقت مصلحة راجحة فيجوز ، فيقول :

« وإن كان الثاني — أى توارى النهي عن الأصل ، والإذن على جهة التعاون والتذرع — فظاهره شنيع لأنه إلغاء لجهة النهي ليتوصل إلى المأمور به تعاوناً ، وطريق التعاون متأخر في الاعتبار عن طريق إقامة الضرورى والحاجى لأنه تكميل . وما هو إلا بمثابة الغاصب والسارق ليتصدق بذلك على المساكين أو يبنى قنطرة . وإن كان من باب الحكم على الخاصة لأجل العامة » ثم ذكر أمثلة المنع من تلقى الركبان ، ومنع الحاضر من البيع للبادى ، وتضمنين الصناع .

ويقول أستاذنا الشيخ أبو زهرة في كتابه ابن حنبل^(١) : «ولكن إذا كانت الوسيلة ممنوعة لذاتها ، وهي تؤدي حتماً إلى مطلوب أو حق فهل تكون مطلوبة أو تستمر على حرمتها ، كشهادة الزور لإثبات حق قد أنكره المدعى عليه ؟ لقد أجاب عن ذلك ابن تيمية بأنه لا يجوز فقال : « هذا محرم عظيم ، عند الله قبيح ، لأن ذينك الرجلين شهدا بما لا يعلمانه ، وهو حملهما على ذلك .. وهذا إذا كان ذلك الأمر الذي اتخذ وسيلة محرماً لذاته كالكذب ، فإن كان أصل تحريره لأنه ذريعة إلى محرم . . . فإن الحكم في هذه الحال يختلف . . . »

وبهذا يكون الحنابلة كالمالكية في أن المحرم لذاته لا يمكن أن يتصور أنه وسيلة إلى مصلحة راجحة ، حتى يطلب بطلبها ، بخلاف الفعل الذي كان مشروعاً في الأصل ، ثم حرم لما يؤدي إليه من مفسدة . وكانت مصلحته تربو على هذه المفسدة فإن هذا الفعل يجوز .

٧ - تولية الإمام غير المجتهد ذريعة إلى مفسدة هي احتمال الخطأ في التعرف على حكم الشرع ، وتطبيقه على الوجه الكامل ، ولكن تولية غير المجتهد إذا خلا الزمن عن مجتهد يحقق مصلحة راجحة على تلك المفسدة فيجوز ، تحميلاً للمصلحة الراجحة وتقديمها على المفسدة المرجوحة ، لأن شأن الشارع ألا يطرح المصالح الغالبة ، دفعاً لمفاسد نادرة أو مرجوحة .

٨ - الإبقاء على الإمام الذي لم يستكمل شرائط الإمامة مع توافر المجتهد ذريعة إلى مفسدة هي ترك تولية المجتهد القادر على الاجتهاد وتعرف أحكام الشرع بنفسه ، ولكن الإبقاء عليه ذريعة إلى تحصيل مصلحة راجحة هي حقن دماء المسلمين ومنع الفتن والثورات وقد أفتى مالك بذلك في المسألتين السابقتين .

ثالثاً : الطائفة الثالثة : تطبيق قاعدة الذرائع على بعض الأحكام

الوضعية :

١ - تضمين الصانع : لإثبات صاحب السلعة تعدى الصانع أو تقصيره هو السبب في إلزام الصانع الضمان . ولما كان هذا ذريعة إلى ضياع أموال أرباب السلع ، في حالة ما إذا فشلت الخيانة بين طائفة الصانع ، وغلب عليهم التعدى والتقصير ودعوى التلف بالباطل ، كان السبب في الضمان هو عدم قيام الصانع بإثبات السبب الأجنبي الذى لا يد له فيه ، فلا يعفى الصانع من الحكم بالضمان إلا إذا أثبتوا أن السلعة تلفت دون تعد منهم أو تقصير . وهو إعمال لقاعدة : الذرائع فى الأسباب ، فما كان سبباً لم يجعل سبباً سداً للذريعة (١) .

٢ - قتل الجماعة بالواحد : سبب القصاص من الشخص أن يكون قاتلاً على التحقيق ، والشريك ليس بقاتل على التحقيق ، ولكن لما كان هذا ذريعة إلى سفك الدماء ، واتخاذ التعاون والاشتراك ذريعة إلى القتل ، نزل الشريك منزلة القاتل على التحقيق ، وأضيف القتل إلى الجماعة لإضافته للواحد .

٣ - شهادة الصبيان : الشرط فى قبول الشهادة البلوغ والعدالة ، وهذا يقضى بعدم قبول شهادة الصبيان فى الجراح لعدم توافر هذا الشرط ،

(١) راجع الفروق للقرافى ج٢ ص ٣٢ حيث ذكر تضمين الصانع بين أمثلة سد الذرائع ، وإذا كانت الذريعة هى المنع من الجائز لئلا يتفرع به إلى الممنوع ، فإنه يمكن بشئ من التكلف إرجاع مسألة تضمين الصانع إلى هذا التعريف ، وذلك بالقول بأن عدم الحكم على الصانع بالضمان فعل مشروع فى الأصل ولكنه ذريعة إلى مفسدة فيمنع من الحكم بعدم التضمن سداً للذريعة ، أو يقال بأن تضمين الصانع فعل مشروع يؤدى إلى مفسدة هى تضمين البرىء فى بعض الحالات ، ولكنه يؤدى إلى تحصيل مصلحة عامة فيجوز الحكم به تقديماً للمصلحة الراجحة على المفسدة المرجوحة وهكذا .

ولكن لما كان هذا ذريعة إلى إهدار دماء من يقتل من الصيادين في ملاعبهم
والأمكنة التي لا يطلع عليها سواهم ، وهو مفسدة دون شك ، لم تجعل العدالة
والبلوغ شرطاً في هذه الحالة .

الفرع الثاني

قاعدة الاستحسان المالكى

ونقسم هذا الفرع إلى مطالب ثلاثة : نعرف في أولها الاستحسان
المالكى ، ونقيم في ثانيها أدلة اعتبار الاستحسان طريقاً من طرق الاجتهاد ،
ونخصص ثالثها لبيان العلاقة بين الاستحسان المالكى والنصوص من جهة ،
وبينه وبين المصلحة المرسله من جهة أخرى ، وذلك لأن بعض الكتّاب
قد عرض هذا الاستحسان في صورة يظهر منها أن الاستحسان الذى قال
به مالك فيه ترك للنصوص الشرعية .

المطلب الأول

التعريف بالاستحسان المالكى

ونقدم لهذا المطلب بمقدمة نبين فيها وجه رجوع قاعدة الاستحسان إلى
أصل اعتبار المآل أولاً ، ثم نعرض تعريفات شيوخ المالكية للاستحسان
الذى قال عنه مالك إنه تسعة أعشار العلم ثانياً ، ونختم هذا المطلب بخلاصة هذه
التعريفات ، وأقسام الاستحسان ، كما تشير إليه هذه التعريفات ثالثاً .
أولاً : رجوع قاعدة الاستحسان إلى أصل اعتبار المآل :

يقرر الشاطبى أن قاعدة الاستحسان عند مالك رضى الله عنه ترجع
إلى نظرية اعتبار المآل . ذلك أن الاستحسان كما سنرى من تعريف
المالكية له يرجع إلى اعتبار المآل فى تحصيل المصالح أو درء المفاسد على
الخصوص ، حيث كان الدليل العام يقتضى منع ذلك ، لأننا لو بقينا مع
أصل الدليل العام لأدى إلى رفع ما اقتضاه ذلك الدليل من المصلحة فكان
الوجب رعى ذلك المآل إلى أقصاه . .

فالدليل العام يقضى بمنع الاطلاع على العورات ، ولسكننا إذا جرينا وراء هذا الدليل العام ، وقلنا بالمنع من الاطلاع على العورات للتداوى ، لأدى ذلك إلى فوات المصلحة التى قصد بالدليل تحقيقها ، ذلك أن الدليل قصد به المحافظة على مصلحة كالية ، والمنع من النظر للتداوى ، يفوت مصلحة ضرورية ، وذلك إذا كان عدم التداوى يفوت النفس أو أحد الأعضاء أو منافعها ، فأصل حفظ النفس ضرورى ، وحفظ المروءات مكمل لهذا الضرورى ، والمكمل إذا عاد على الأصل بالبطلان لا يعتبر .

والدليل العام يقضى بمنع الغرر فى البيع وغيره من التصرفات ، ولو جرينا على هذا الدليل دون اعتبار ما يؤول إليه ، وحكمنا بمنع الغرر جملة ، لأدى ذلك إلى رفع ما اقتضاه ذلك الدليل من المصلحة ، فكان الواجب مراعاة مآل الدليل . فإن أصل البيع ضرورى ، ومنع الغرر والجهالة مكمل ، فلو اشترط نفي الغرر جملة لانحسب باب البيع ، وهو مصلحة ضرورية .

والدليل العام يقضى باشتراط العدالة فى الوالى الذى يجاهد معه المسلمون العدو ، ولسكننا لو بقينا مع ذلك الدليل العام دون نظر إلى ما يؤول إليه فى بعض الحالات ، لأدى ذلك إلى فوات المصلحة التى قصد بهذا الدليل تحصيلها ، فالجهاد مع ولاية الجور قال مالك بجوازه لأنه لو ترك لسكان ضرراً على المسلمين ، فالجهاد ضرورى والوالى فيه ضرورى والعدالة فيه مكمل للضرورى ، والمكمل إذا عاد على الأصل بالبطلان لم يعتبر .

والدليل الطالب لإقامة الصلاة يفيد بعمومه وجوب إتمام الأركان والشروط فى كل الحالات ، وإذا بقينا مع ذلك العام دون نظر إلى مآل العمل به فى حالة المريض غير القادر ، لأدى ذلك إلى فوات المصلحة التى قصد بالدليل تحقيقها ، فإن الصلاة ضرورية وإتمام الأركان مكمل هذا الضرورى ، فإذا أدى طلب هذا الإتمام إلى ألا تهلى ، أو تهلى مع الحرج والمشقة الشديدة ، فإن هذا المكمل يلغى اعتباره ، ويهلى العاجز كيفما وسعته الرخصة ، محافظة على أصل المصلحة الضرورية .

وإطلاق النصوص وعموم الأدلة يقضى بتحريم النجاسات حفظاً
للمرءات ، ومراعاة لمحاسن العادات ، ولو جرينا مع هذا الدليل العام إلى
نهايته دون نظر إلى المسأل في بعض الحالات ، كما في حالة الاضطرار إلى
حفظ النفس بأكل النجاسات ، فإن الجرى وراء هذا الدليل يؤدي إلى
فوات المصلحة التي قصد بالدليل تحقيقها ، إذ المصلحة المكتملة مع ما كملته
كالصفة مع الموصوف فإذا كان اعتبار الصفة يؤدي إلى ارتفاع الموصوف
لزم من ذلك ارتفاع الصفة أيضاً . حفظ الحياة ولو بتناول النجس مصلحة
ضرورية ، وحفظ المرءات بعدم تناول النجاسات مصلحة تحسينية ترجع
إلى محاسن العادات ، فإذا كانت هناك ضرورة لتناول النجس ، كان حفظ
المصلحة الضرورية أولى .

فهذه الأمثلة تصور الاستحسان المالكى بأنه يرجع إلى اعتبار المآل عند
إعمال الأدلة العامة ، والنظر فيما يؤول إليه هذا العمل من جلب المصالح ودرء
المفاسد ، فإن كل دليل قصد به جلب مصلحة أو دفع مفسدة ، فإذا كان
إعمال الدليل على عمومته في بعض الحالات يؤدي إلى فوات هذه المصلحة
بالكلية ، أو مع تحصيل هذه المصلحة ، يؤدي إلى فوات مصلحة أهم أو حدوث
ضرراً كبير ، فإن الدليل العام لا يطبق على مثل هذه الحالات ، لأن الشارع لم
يقصد تطبيقه على الحالات التي يؤدي فيها التطبيق إلى عدم حصول المصالح
المقصود بالدليل تحصيلها ، أو إلى حصول مفسد أكبر ، أو فوات منافع أهم .

وفي هذا يقول الشاطبي رضي الله عنه في موافقاته^(١) : « الاستحسان
في مذهب مالك الأخذ بمصلحة جزئية في مقابلة دليل كلي . ومقتضاه
الرجوع إلى تقديم الاستدلال المرسل على القياس ، فإن من استحسّن لم
يرجع إلى مجرد ذوقه وتشهيه ، وإنما يرجع إلى ما علم من قصد الشارع في

الجملة في أمثال تلك الأشياء المفروضة ، كالمسائل التي يقتضى فيها القياس أمراً إلا أن ذلك الأمر يؤدي إلى فوات مصلحة من جهة أخرى ، أو جلب مفسدة كذلك ، وكثيراً ما يتفق هذا في الأصل الضرورى مع الحاجى ، والحاجى مع التكميلى ، فيكون إجراء القياس مطلقاً فى الضرورى يؤدي إلى حرج ومشقة فى بعض موارد ، فيستثنى موضع الحرج ، وكذلك فى الحاجى مع التكميلى ، أو الضرورى مع التكميلى .

فإن الشارع كما اعتبر إقامة المصالح الضرورية ، فإنه اعتبر مع ذلك قاعدة الحاجيات التي ترجع إلى التوسعة ورفع الحرج والضيق فى إقامة هذه الضرورات ، بحيث لو لم تعتبر هذه الحاجيات لدخل على المكلفين على الجملة الحرج والمشقة فى إقامة المصالح الضرورية ، حرج ومشقة ربما أدبا إلى فوات المصالح الضرورية نفسها ، فإن إقامة الصلاة كاملة الأركان . مستوفية الشروط مصلحة ضرورية ، ولكن قاعدة الحاجيات تقضى برفع الحرج والمشقة الشديدة فى القيام بهذه المصلحة الضرورية المتعلقة بالدين ، وذلك بأن يقوم المكلف بالصلاة على الوجه الذى لا يدخل عليه الضيق والحرج الذى قد يمنعه من إقامة الضرورى نفسه .

ولذلك يمثل الشاطبي لقاعدة الاستحسان فى العبادات بالرخص المخففة بالنسبة إلى حقوق المشقة بالمرض والسفر ، وفى العادات بإباحة الصيد ، وفى المعاملات بالقراض والمساقاة والسلم ، وفى الجنايات بالحكم باللوث والتدمية والقسامة وضرب الدية على العاقلة ، وتضمن الصنائع .

فإن الأصل فى كل هذه المسائل المنع ، ولكن اتباع هذا الأصل إلى نهايته دون نظر إلى ما يؤول إليه ، من فوات مصلحة أهم ، أو حدوث مفسدة أعظم ، يدخل على المكلفين الحرج والمشقة التي قصد الشارع رفعها ، وذلك فى قاعدة الحاجيات .

ثانياً - تعريفات الاستحسان :

عرف شيوخ المالكية الاستحسان في مذهب مالك بتعريفات عديدة نذكر منها ما يلي :

١ - تعريفات ابن العربي :

(١) عرف ابن العربي الاستحسان بأنه : « ترك مقتضى الدليل على طريق الاستثناء والترخص ، لمعارضة ما يعارض به في بعض مقتضياته ، ثم جعله أقساماً : فنه ترك الدليل للعرف ، كرد الأيمان إلى العرف ، وتركه المصلحة ، كتضمن الأجير المشترك ، أو تركه للإجماع ، كإيجاب الغرم على من قطع ذنب بغلة القاضي . وتركه في اليسير لتفاهته لرفع المشقة وإثارة التوسعة على الخلق ، كإجازة التفاضل اليسير في المرافلة الكثيرة ، وإجازة بيع وصرف في اليسير ،^(١) .

(ب) وعرفه في أحكام القرآن فقال « الاستحسان عندنا وعند الحنفية هو العمل بأقوى الدليلين ، فالعموم إذا استمر والقياس إذا اطرده ، فإن مالكا وأبا حنيفة يريان تخصيص العموم بأي دليل كان ، من ظاهر أو معنى . ويستحسن مالك أن يخص بالمصلحة ، ويستحسن أبو حنيفة أن يخص بقول الواحد من الصحابة الوارد بخلاف القياس ، ويريان معاً تخصيص القياس ونقض العلة ، ولا يرى الشافعي لعللة الشرع إذا ثبتت تخصيصاً ،^(٢) .

٢ - تعريف ابن رشد :

عرف ابن رشد الاستحسان الذي يكثر استعماله حتى يكون أعم من

(١) راجع الموافقات ج ٤ ص ٢٠٨ ، الاعتصام ج ٢ ص ١٣٩ .

(٢) أحكام القرآن لابن العربي . نقله الشاطبي في الموافقات ج ٢ ص ١٤٠ .

القياس في مذهب مالك فقال : « هو ما يكون طرْحاً لقياس يؤدي إلى غلو في الحكم ومبالغة فيه فيعدل عنه في بعض المواضع لمعنى يؤثر في الحكم يختص به ذلك الموضع » (١).

٣ - وحده غيرهما من المالكية بأنه : « استعمال مصلحة جزئية في مقابلة قياس كلي - قال - فهو تقديم الاستدلال المرسل على القياس » (٢).

٤ - ويرى الشاطبي أن الاستحسان المالكي « معناه يرجع إلى تقديم الاستدلال المرسل على القياس » (٣).

ثالثاً - خلاصة هذه التعريفات :

والخلاصة التي تؤخذ من هذه التعريفات ما يأتي :

١ - أن الاستحسان عند المالكية لا يرجع إلى دليل العقل وحده ، ويؤكد ذلك ما يأتي :

(أ) قول ابن العربي إن الاستحسان ترك مقتضى الدليل على طريق الاستثناء والترخص لمعارضة ما يعارض به في بعض مقتضياته ، فترك الدليل ليس تشريعاً بالرأى ، بل للدليل أقوى منه يعارضه في بعض مقتضياته ذلك الدليل قد يكون الإجماع ، وقد يكون العرف ، وقد يكون المصلحة المرسلة ، وقد يكون قاعدة رفع الحرج والمشقة التي شهدت نصوص الشريعة بقطعيتها . فإذا كان هناك دليل يفيد العموم من نص أو قياس ، ثم عارض هذا العموم دليل من الأدلة المذكورة ، فإن هذه الأدلة تخص هذا العموم ، أو يترك بها القياس ، وهذا هو الشأن في تعارض الأدلة في باب التعارض والترجح .

(١) الاعتصام ج ٢ ص ١٣٩ .

(٢) السابق ص ١٣٩ .

(٣) الموافقات ج ١ ص ٤٠ .

(ب) ولذلك يقول الشاطبي : « وإذا كان هذا معناه عن مالك وأبي حنيفة فليس بخارج عن الأدلة ألبتة ، لأن الأدلة يقيد بعضها ببعضاً ويخصص بعضها بعضاً ، كما في الأدلة السنية مع القرآنية ، ولا يرد الشافعي مثل هذا أصلاً ، فلا حجة في تسميته استحساناً لمبتدع على حال ،^(١) .

(ج) يقول الشاطبي إن الاستحسان عند مالك « الأخذ بمصلحة جزئية في مقابلة دليل كلي ، ومقتضاه الرجوع إلى تقديم الاستدلال المرسل على القياس ، فإن من استحسّن لم يرجع إلى مجرد ذوقه وتشهيه ، وإنما يرجع إلى ما علم من قصد الشارع في الجملة في أمثال تلك الأشياء المفروضة ، كالمسائل التي يقتضى فيها القياس أمراً إلا أن ذلك الأمر يؤدي إلى فوات مصلحة من جهة أخرى ، أو جلب مفسدة كذلك ، .

فهذا صريح في أن الاستحسان هو استدلال بالمصلحة المرسل التي شهدت نصوص الشريعة لجنسها بالاعتبار ، وذلك في مقابلة القياس بمعنى القاعدة العامة أو الأصل ، لا بمعنى القياس الجزئي .

فإذا كان القياس - بمعنى القاعدة العامة أو الأصل - المنع من الغرر في المعاملات جملة ، فإن المصلحة المرسل تقضى بأن الغرر ليس في البيع لا يؤثر ، وذلك لأن في إبطال البيع مع الغرر كثيره ويسيره ، سداً لباب البيع جملة وهو ضروري ، وفي المنع منه مشقة شديدة ، والشريعة شاهدة بمنع الحرج والمشقة من جهة ، ومن جهة أخرى فإن أصل البيع ضروري أو حاجي ، ونفي الغرر مكمل لهذا الضروري أو الحاجي ، وقد شهدت نصوص الشريعة بأن المصلحة التكميلية إذا عادت على الأصل بالبطلان أهملت . فهذا يقضى بترك القياس أو العموم لما يؤدي إليه من الحرج في بعض مقتضياته . وأخيراً فإن القول بالمنع من الغرر جملة يؤدي إلى

عدم تحصيل المصلحة المقصودة من هذا النص نفسه ، إذ منع الغرر جملة
يسد باب البيع وهو المصلحة الأصلية ، وإذا فانت المصلحة الأصلية ، فانت
المصلحة المكتملة قطعاً ، لأنها مع المصلحة الأصلية كالصفة مع الموصوف
وإذا فانت الموصوف فانت الصفة ، بخلاف ما إذا فانت الصفة فإن
الموصوف يبقى .

(د) أرجع الشاطبي الاستحسان إلى أصل كل مأخوذ بطريق
الاستقراء المفيد للقطع من نصوص الشريعة فقال : « كل أصل كل لم يشهد
له نص معين ... ويدخل تحت هذا ضرب الاستدلال المرسل الذي اعتمده
مالك والشافعي ، فإنه وإن لم يشهد للفرع أصل معين فقد شهد له أصل كل ،
والأصل السكلي إذا كان قطعياً قد يساوى الأصل المعين . . . وكذلك أصل
الاستحسان على رأى مالك يبنى على هذا الأصل ، لأن معناه يرجع إلى
تقديم الاستدلال المرسل على القياس » (١) .

وهذا يدل على أن قاعدة الاستحسان قاعدة قطعية مأخوذة من مجموع
النصوص الشرعية بطريق الاستقراء ، فالعمل بها والتفريع على أساسها ،
والرجوع إليها عمل بمجموع نصوص شرعية ، وليس عملاً بالرأى ، ولا تشريعاً
بالهوى ، ولا تركاً للنصوص بمصلحة يراها العقل أو يميل إليها الطبع ، فهي
قاعدة ترقى إلى عام الكتاب والسنة مادامت مأخوذة من استقراء نصوصها
والعام كما يؤخذ من الصيغة يؤخذ من استقراء النصوص الشرعية كما
سبق غير مرة .

(هـ) يقول الشاطبي بعد ذكر أمثلة للاستحسان : « فهذا يوضح لك
أن الاستحسان غير خارج عن مقتضى الأدلة إلا أنه نظر في لوازم الأدلة
ومآلاتها . »

(و) قول ابن العربي : « إن الاستحسان يرجع إلى العمل بأقوى الدليلين ، يفيد ، بل يقطع أن الذى يستحسن لا يستحسن بمجرد الذوق والتشهى ، وإنما يأخذ دليلاً أقوى فى نظره من استمرار العموم أو اطراد القياس .

٢ — بعض المالكية كما بنى العربى يجعل للاستحسان معنى واسعاً بحيث يدخل تحته العمل بأى دليل يعارض عموم النص أو اطراد القياس . ولذلك يقسمه إلى استحسان بالعرف ، وبالإجماع ، وبقاعدة المصلحة المرسله ، وبقاعدة نفي الحرج والمشقة .

(أ) فأما ترك العموم للعرف فقد مثل له بما ثبت عن مالك رضى الله عنه من أن مذهبه أن يترك الدليل للعرف ، فإنه رد الأيمان للعرف ، فلو حلف لا يدخل بيتاً ، فإن قياس اللفظ لغة يقتضى الحث بالدخول فى كل موضع يسمى بيتاً لغة ، ومنه المسجد ، إلا أن مالكا استحسن تخصيص العموم المستفاد من اللغة بالعرف والعادة فى الاستعمال ، فقال بعدم الحث بدخول المسجد لأنه لا يسمى بيتاً فى عرف التخاطب .

(ب) وأما ترك الدليل للمصلحة فقد مثل له بتضمنين الأجير المشترك فإن الأصل فى الأجير المشترك أنه أمين ، والأمين لا يضمن إلا بالتعدى ، إلا أن مالكا استحسن ترك هذا الأصل لما فسدت الذمم وغلب على الأجراء التعدى والخيانة ، فكان هذا الغالب هو الذى جعل مالكا يضع الأجير فى مركز المدعى الذى لا تقبل دعواه الهلاك دون بيئة ، مع أن الأصل عندما كان الدين مسيطراً على النفوس أن الأجير يعد مدعى عليه لأن الظاهر يشهد له ، وكان يقبل قوله فى التلف دون بيئة . وبذلك يكون مالك رضى الله عنه بتضمنينه الأجير المشترك قد استثنى هذه الصورة من القاعدة بالمصلحة .

(ج) وأما ترك الدليل للإجماع فقد مثلوا له ، بإيجاب القيمة على من

قطع ذنب بغلة القاضى . فإن هذا الحكم يعد استثناء من القواعد العامة . وذلك لأن القواعد تقضى بأن يغرم المعتدى قيمة ما ينقص باعتدائه من قيمة العين الواقع عليها العدوان ، فلو ضرب دابة فعرجت ، فإن القواعد العامة تقضى بأن عليه قيمة ما نقصه الضرب خاصة ، ووجه الاستحسان الذى كان سند الإجماع أن بغلة القاضى تتخذ عادة للركوب لا لغرض آخر ، فقطع الذنب يفوت مصلحتها كلها بالنظر إلى هذا الوجه من وجوه الاستعمال الخاص ، فهمى كالعدم بالنسبة إلى القاضى ، فكأنه فوتها عليه ، ولما كان التعويض هو جبر الضرر الحاصل لصاحب العين المعتدى عليها ، فإن الضرر الذى أصاب القاضى من قطع ذنب بغلته هو قيمة الدابة كلها .

(د) وأما ترك الدليل لقاعدة رفع الحرج والمشقة ، وهى قاعدة قطعية فى الدين كما سبق ، فقد مثل له بترك مقتضى الدليل فى التافه اليسير ، وذلك رفعاً للمشقة وإيثاراً للتوهم على الخلق ، فقد أجاز المالكية دخول الحمام من غير تقدير أجره ، ولا تقدير مدة اللبث ولا تقدير الماء المستعمل والأصل فى كل هذا المنع ، ولكنهم قالوا : « إن هذه الأشياء إن لم تكن مقدرة بالعرف فإنها تسقط بالضرورة ، وهناك قاعدة فقهية ، وهى أن نفي الغرر جملة فى العقود لا يقدر عليه ، وهو يضيق أبواب المعاملات ، وهو إنما يطلب تكميلاً ورفعاً لما عسى أن يقع من النزاع ، فهو إذن من المكملات ، والمكملات إذا أدى اعتبارها إلى إبطال أصل المصالح سقطت جملة ، تحصيلاً لهم ، فوجب أن يسامح فى بعض أنواع الغرر التى لا ينفك عنها البيع غالباً ، إذ لو طلب من المكلف الانفكاك عنها لشق عليه ذلك ... فإذا قل الغرر وسهل الأمر وانعدم النزاع ، ومست الحاجة إلى المسامحة فلا بد من القول بها . ومن هذا القبيل مسألة التقدير فى ماء الحمام ومدة الليث .

وقد أمعن مالك فى هذا الباب وبالع فيه فجوز أن يستأجر الأجير

بطعامه وإن كان غير مقدر ، وذلك لأن الغرر فيه يسير يتسامح في مثله ، ولا يؤدي إلى النزاع غالباً ، وفرق بين تطرق يسير الغرر إلى الأجل فأجازه ، وبين تطرقه للثمن فمنعه ، فقال يجوز للإنسان أن يشتري سلعة إلى الحصاد ، ولو باع سلعة بما يقارب الدرهم لا يصح ، والسبب أن الأثمان لا يتسامح فيها ، ولا يترك تقديرها إلى العرف في الغالب ، بخلاف الأجل فإن الدائن قد يتسامح في الأجل الأيام ولا يساح في الثمن .

ففي كل هذه الأمثلة نرى أن معنا فرعاً كان يمكن إرجاعه إلى القواعد في الظاهر ، ويحكم عليه بمثل ما حكم به في نظائره ، ولكن لما كان إرجاعه إلى هذه العمومات والقواعد يفوت مصلحة شهدت لجلسها نصوص الشرع ، أو يخالف قاعدة رفع الحرج والمشقة ، أو على خلاف إجماع أو عرف ، عدل عن إدخاله تحت عموم الدليل وأعطى حكماً يحقق المصلحة ويمنع الحرج أو يتفق مع العرف والإجماع .

إلا أن بعض المالكية يقصر الاستحسان على نوع واحد ، وهو ترك مقتضى الدليل للمصلحة ، أو تقديم الاستدلال المرسل على القياس بمعنى القاعدة . وذلك كما فعل الشاطبي نفسه ، وما حكاه عن بعض المالكية من أن الاستحسان هو استعمال مصلحة جزئية في مقابلة قياس كلي ، وبذلك يخرج الاستحسان بالإجماع والعرف وقاعدة رفع الحرج ، ولكن قاعدة رفع الحرج والمشقة راجعة إلى مصلحة مرسلة شهدت نصوص الشريعة لها ، كما أن العرف يمكن إرجاعه إلى المصلحة أيضاً من حيث إن عدم اعتبار عرف الناس وعاداتهم في المعاملات يؤدي إلى حرج ومشقة شديدة ؛ وأما الإجماع في المثال المذكور ، فإن سنده المصلحة أيضاً .

وعلى هذا لا يكون هناك فرق بين التعريفات التي ذكرت للاستحسان ، فالذى قسمه أقساماً أربعة فصل ما أجمله من قصره على ترك الدليل للمصلحة .

وأما تفسير القرافي للاستحسان بأنه طرح قياس يؤدي إلى غلوفى الحكم ومبالغة فيه ، فيعدل عنه فى بعض المواضع لمعنى يؤثر فى الحكم يختص به ذلك الموضوع ، فإنه يحتمل أن يقصد بذلك المعنى الذى كان لأجله طرح القياس المصلحة المرسله خاصة ، كما يحتمل أن تكون هى أو العرف أو الإجماع أو دفع الحرج والمشقة ، فإذا كان القياس يقضى بمنع الغرر جملة ، فإن لإجراء هذا القياس إلى نهايته يؤدي إلى القول بالمنع من بيع كثير مما جاز بيعه وشراؤه كبيع الجوز واللوز فى قشرها ، وكذلك بيع المغنيات فى الأرض كلها ، بل يمتنع كل ما فيه شيء مغيب كالديار والحوانيت المغيبة الأسس والأنقاض وما أشبه ذلك مما لا يحصى ولم يأت فيه نص بالجواز ومثل هذا لا يصح فيه القول بالمنع أصلاً لأنه يؤدي إلى التضيق والحرج والمشقة الشديدة .

فهنا يقال : إن القول بالمنع من الغرر جملة يؤدي إلى غلوفى الحكم ومبالغة فيه ، ومن ثم نحكم بأن القياس لا يطرد بالنسبة للضرر اليسير الذى يتسامح فيه الناس غالباً ولا يؤدي إلى النزاع ، والمعنى الذى لأجله طرح هذا القياس والذى يختص بهذا الموضوع هو رفع الحرج والمشقة والتوسعة على الخلق يترك مقتضى الدليل فى اليسير .

فالمجتهد يجد أمامه عموم نص أو قياس ، ويجد أن العموم إذا استمر ، والقياس إذا طرد ، فإن هذا يؤدي إلى غلوفى الحكم ومبالغة فيه فى بعض المواضع ، ومعنى الغلو والمبالغة هو إلحاق الحرج والغنت والمشقة بالناس ،

وعند ذلك يطرح المجتهد هذا القياس فلا يجريه في هذا الموضوع ، دفعاً لهذا الحرج ومنعاً لهذه المشقة ، وهو إعمال لقاعدة الحاجيات في الضرورات كما سبق ولذلك جاء عن مالك ^(١) « إن المخرق في القياس يكاد يفارق السنة » .

والخلاصة أن الاستحسان عند المالكية ليس بخارج عن الأدلة الشرعية ، وإنما هو عمل بدليل شرعى ، في مقابلة دليل شرعى آخر ، والأدلة الشرعية يقيد بعضها بعضاً ويخصص بعضها بعضاً ، كما في الأدلة السنية مع القرآنية ، وبذلك يخرج الاستحسان المالكي عن أن يكون ما يستحسنه المجتهد بعقله ، أو أنه دليل انقذ في نفس المجتهد تقهر عبارته عنه . فلقد رأينا علماء المالكية يحكون مذهب مالك في الاستحسان بأنه ترك لمقتضى الدليل بدليل شرعى آخر ، قد يكون هو المصلحة ، وقد يكون هو قاعدة رفع الحرج والمشقة ، وقد يكون الإجماع أو العرف . بل إن ابن العربي يصرح بأن الاستحسان هو العمل بأقوى الدليلين ، وأن العموم إذا استمر والقياس إذا أطر فإن مالكا يرى تخصيصه بالمصلحة . وحيث إن المصلحة المالكية ترجع إلى جنس اعتبره الشارع في الجملة ، فإنه لا مانع من العمل بهذه المصلحة ولو كانت في مقابلة عموم أو قياس ، إذ المقابل لهذا العموم أو القياس في الحقيقة هو النصوص الكثيرة التي شهدت لجنس المصلحة بالاعتبار .

المطلب الثاني

دليل قاعدة الاستحسان

قلنا إن الفقه المالكي يعتبر فقه القواعد العامة والأصول السكلية . وقلنا إن هذه القواعد وتلك الأصول لابد أن تكون قطعية .

ولما كانت الأدلة العقلية — وهي التي تفيد القطع — لا تستقل بالدلالة

في هذا العلم^(١) كان طريق القطع هو الاستقراء^(٢). وبناء على هذا ، فإن قاعدة الاستحسان باعتبارها دليلاً فقهيّاً قاعدة قطعية أخذ معناها من جملة أدلة تضافرت على معنى واحد حتى أفادت فيه القطع ، وأنها بذلك تكون عامّاً استقرائياً في درجة العموم المستفاد من الصيغة ، يطبق على كل نازلة تعن ، ويحكم عليها ، وإن كانت خاصة ، بالدخول تحته كما تقرر ذلك غير مرة .

ولقد عرض الشاطبي الأدلة الشرعية التي يفيد مجموعها القطع باعتبار الشارع قاعدة الاستحسان فقال :

« وله في الشرع أمثلة كثيرة ، كالقرض مثلاً ، فإنه ربا في الأصل ، لأنه الدرهم بالدرهم إلى أجل ، ولكنه أبيع لما فيه من الرفق والتوسعة على المحتاجين ، بحيث لو بقى على أصل المنع لسكان في ذلك ضيق على المكلفين . ومثله بيع العرية بخرصها تمراً ، فإنه بيع الرطب باليابس ، ولكنه أبيع لما فيه من الرفق ورفع الحرج بالنسبة إلى المعري والمعري ، ولو امتنع مطلقاً لسكان وسيلة لمنع الإعراء ، كما أن ربا النسبة لو امتنع في القرض لامتنع أصل الرفق من هذا الوجه . ومثله الجمع بين المغرب والعشاء للمشقة ، وجمع المسافرين ، وقصر الصلاة والفطر في السفر الطويل ، وصلاة الخوف ، وسائر الترخصات التي على هذا السبيل ، فإن حقيقتها ترجع إلى اعتبار المآل في تحصيل المصالح أو درء المفاسد على الخصوص ، حيث كان الدليل العام يقتضي منع ذلك ، لأننا لو بقينا مع أصل الدليل العام لأدى إلى رفع ما اقتضاه ذلك الدليل من المصلحة ، فكان من الواجب رعي هذا المآل إلى أقصاه ، ومثله الإطلاع على العورات للتدأى ، والقراض والمساواة ، والسلم ، وإن كان الدليل العام يقتضي المنع ، ثم قال : « هذا نمط من الأدلة

(١) راجع الموافقات ج ١ ص ٣٥ ، ص ٨٧ .

(٢) المرجع السابق ج ١ ص ٣٦ .

على صحة القول بهذه القاعدة ، وعليها بنى مالك وأصحابه، (١).

هذه هي الأدلة المأخوذة من نصوص الكتاب والسنة والتي تفيد في مجوعها أن الشارع يعتبر قاعدة الاستحسان ويفرع الأحكام على أساسها. ففي الأدلة السابقة نجد القرض والعرية والقراض والمساقاة فيها تخصيص للدليل العام الذي يقضى بالمنع بمصلحة جزئية هي رفع الحرج والمشقة . وبذلك تكون قاعدة الاستحسان من قبيل العام الاستقرائي الذي يجرى في قوة الاستدلال به مجرى العموم المستفاد من الصيغة وينطبق هذا العموم الاستقرائي على كل فرع غير منصوص على حكمه ، ويتحقق فيه مناط هذا العام . وفي ذلك يقول الشاطبي : « إن المجتهد إذا استقرى معنى عاماً من أدلة خاصة ، واطرد له ذلك المعنى ، لم يفتر بعد ذلك إلى دليل خاص على خصوص نازلة تعن ، بل يحكم عليها وإن كانت خاصة بالدخول تحت عموم المعنى المستقرى من غير اعتبار بقياس أو غيره ، إذ صار المستقرى من عموم المعنى كالمخصوص بصيغة عامة ، فكيف يحتاج مع ذلك إلى صيغة خاصة بمطلوبه ؟ » (٢).

وعلى هذا الأساس فإن أعمال تلك القاعدة إعمال للنصوص الشرعية التي أخذت في استقرائها ، وأن المجتهد إذا خص عموم نص بمصلحة ، أو قدم مصلحة على قياس ، فإنما يطبق نصوص الشريعة التي تجعل هذا التخصيص أو التقديم قاعدة راعاها الشارع ، وفرع الأحكام على وفقها ، والتفت إليها في تشريعه .

فإذا كان الأصل أن الأجير لا يضمن ، وكان في إعمال هذا الأصل ، في حالة ما إذا تغيرت الأحوال وفسدت الذمم وأصبح الغالب على الأجراء

(١) الموافقات ج ٤ ص ٢٠٦ .

(٢) الموافقات ج ٣ ص ٣٠٤ .

الخيانة ، إلحاق مشقة شديدة بمن يحتاجون إلى استثمار غيرهم للقيام على بعض الأعمال التي يعجزون عنها — وذلك لأنهم بين أمرين : إما أن يتركوا الاستثمار بالكلية ، وفي هذا مشقة عظيمة نأياها قواعد الشريعة السمحة ومبادئها الرحيمة ، وإما أن تضيع الأموال ولا يمكن استخلاصها ، إذا صدق الأجراء في دعوى الهلاك والتلف دون إقامة بيينة على هذا التلف والهلاك — أقول إذا كان في أعمال هذا الأصل الوقوع في الحرج بفوات أموال الناس فإن المجتهد يحكم بالتضمنين ، وينقل عبء إثبات التلف دون تعد أو تقصير على عائق الأجير ، فلا يصدق في دعواه حتى يقيم البيينة على ذلك .

والمجتهد إذ يفعل ذلك فإنما يطبق قاعدة عامة وأصلاً كلياً شهدت له نصوص الشريعة بالاعتبار . أو بعبارة أخرى هو يطبق عاماً استقرائياً مفاده أن العموم إذا استمر والقياس إذا اطر د ، وكان في استمرار هذا العموم أو اطراد القياس ، إلحاق الحرج والمشقة ، فإنه يجوز للمجتهد أن يعمل بالمصلحة في مقابلة هذا العموم أو يقدمها على هذا القياس .

على أنه يمكن الاستدلال ، من ناحية أخرى ، على أن الاستحسان غير خارج عن الأدلة الشرعية ، ذلك أن الاستحسان عمل بأقوى الدليلين أو ترك دليل لدليل آخر أرجح منه . فقد رأينا ابن العربي المالكي يقسم الاستحسان المالكي إلى أقسام أربعة : استحسان بالإجماع في مقابلة العموم ، واستحسان بالعرف ، واستحسان بالمصلحة المرسلة ، واستحسان بقاعدة رفع الحرج والمشقة . وإذا كان كل من الإجماع والعرف والمصلحة المرسلة وقاعدة رفع الحرج والمشقة أدلة شرعية ، فإن العمل بالاستحسان إذن عمل بالنصوص الشرعية أو بالأدلة المأخوذة من استقراء هذه النصوص .

المطلب الخامس

علاقة الاستحسان بالنص والمصلحة المرسله

وفي هذا المطلب نبين العلاقة بين الاستحسان والنصوص الشرعية
أولاً ، ثم علاقة الاستحسان بالمصلحة المرسله ثانياً .

أولاً - - عرفه الاستحسان بالنصوص الشرعية :

وفي هذا الخصوص نبين اعتماد الاستحسان على النصوص الشرعية ،
ونبين قصد شیوخ المالکية من قولهم : إن مالکاً يستحسن تخصيص العموم
بالمصلحة أو أنه يترك الدلیل للمصلحة ، وأخيراً نوفق بين قول المالکية
إن المصلحة التي تناقض النص تعتبر مصلحة ملغاة ، وبين قولهم في باب
الاستحسان : إنه ترك الدلیل للمصلحة ، وأن العموم إذا استمر فإن مالکاً
يرى تخصيصه بالمصلحة .

١ - اعتماد الاستحسان على النصوص الشرعية :

قلنا إن الاستحسان يرجع إلى النصوص الشرعية من ناحيتين :

أولاهما : أن قاعدة الاستحسان قاعدة مأخوذة من النصوص الشرعية
بطريق الاستقراء المفيد للقطع ، فالعمل بها والبناء عليها عمل بتلك النصوص
الشرعية ، وليس قولاً بالرأى ولا تشريعاً بالتشهي .

وثانيهما : أن المجتهد في قاعدة الاستحسان يرجع إلى دليل شرعي
مأخوذ هو أيضاً من استقراء نصوص الشريعة ، أما الإجماع والعرف
فظاهر أنهما دليلان شرعيان عرفت حجيتهما من نصوص الشريعة وليس
العمل بهما رجوعاً إلى الذوق والتشهي . وأما المصلحة المرسله فقد بينا أنها
مصلحة شهدت النصوص الشرعية لجلسها ، وليست مصلحة غريبة يراها

العقل ، ويستحسنها الطبع ، وبذلك يكون الأخذ بهذه المصلحة في مقابلة القياس ، تقدماً للعمل بالنصوص التي شهدت لجنس المصلحة على القياس بمعنى القاعدة العامة أو الأصل .

وأما الاستحسان بقاعدة رفع الحرج ، فليس خارجاً عن النصوص أيضاً ، فإن قاعدة رفع الحرج في الدين قاعدة قطعية وعام استقرأى دلت عليه النصوص الشرعية بطريق يفيد القطع ، بل إن العمومات المنصوصة تفيد هذا المعنى .

وفي هذا يقول الشاطبي^(١) : « العمومات إذا أخذ معناها ، وانتشرت في أبواب الشريعة ، أو تكررت في مواطن بحسب الحاجة من غير تخصيص فهي مجرأة على عمومها على كل حال ، وإن قلنا بجواز التخصيص بالمنفصل ، والدليل على ذلك الاستقراء ، فإن الشريعة قررت أن لا حرج علينا في الدين في مواضع كثيرة ، ولم تستثن منه موضعاً ولا حالاً ، فعده علماء الملة أصلاً مطرداً وعموماً مرجوعاً إليه من غير استثناء ولا طلب مخصص ، ولا احتشام من إلزام الحكم به ، ولا توقف في مقتضاه . وليس ذلك إلا لما فهموا بالتكرار والتأكيد من القصد إلى التعميم التام .

ويقول : « فكذلك إذا فرضنا أن رفع الحرج في الدين مثلاً مفقود فيه صيغة عموم فإننا نستفيدة من نوازل متعددة خاصة ، مختلفة الجهات متفقة في أصل رفع الحرج ، كما إذا وجدنا التيمم شرع عند مشقة طلب الماء ، والصلاة قاعداً عند مشقة طلب القيام ، والقصر والفطر في السفر ، والجمع بين الصلاتين في السفر والمرض والمطر ، والنطق بكلمة الكفر عند مشقة القتل والتأليم ، وإباحة الميتة وغيرها عند خوف التلف الذي هو

أعظم المشقات ، والصلاة إلى أى جهة كانت لعسر استخراج القبلة ، والمسح على الجبائر واخفين لمشقة النزاع ولرفع الضرر . والعفو في الصيام عما يعسر الاحتراز عنه من المفطرات كغبار الطريق ونحوه ، إلى جزئيات كثيرة جداً يحصل من مجوعها قصد الشارع لرفع الحرج ، فإننا نحكم بمطلق رفع الحرج في الأبواب كلها ، عملاً بالاستقراء فكأنه عموم لفظي ، فإذا ثبت اعتبار التواتر المعنوي ، ثبت في ضمنه ما نحن فيه ^(١) .

فإذا كان سند الاستحسان والاستثناء من القواعد عند المالكية هو الإجماع أو العرف أو المصلحة المرسلة أو قاعدة رفع الحرج ، فإن العمل به عمل بأدلة شرعية أخذت من استقراء نصوص الشريعة ، فأدلة الإجماع والعرف ترجع إلى النصوص الشرعية دون شك ، وقد تبين أن أدلة قاعدة المصالح ورفع الحرج هي النصوص الشرعية كذلك .

٢ - معنى تخصيص النص وترك القياس بالمصلحة في عبارات المالكية :

رأينا أن فقهاء المالكية يقررون أن العموم إذا استمر والقياس إذا اطرده فإن مالكا يستحسن أن يخص بالمصلحة ، وأن الاستحسان ترك مقتضى الدليل المصلحة ورأينا أن المصلحة التي يقصدها المالكية هي المصلحة التي ترجع إلى أصل قطعي أخذ من استقراء نصوص الشريعة ، أو المصلحة الملائمة التي شهدت نصوص الشريعة لجنسها بالاعتبار . وبذلك يكون التخصيص للعموم بجملة النصوص الشاهدة لجنس المصلحة بالاعتبار ، وليس المصلحة المجردة التي يراها العقل .

وفي هذا يقول الشاطبي^(١) : « قد جاء عن مالك أن الاستحسان تسعة أعشار العلم ، ورواه إصبيغ عن ابن القمام عن مالك ، قال إصبيغ في الاستحسان : قد يكون أغلب من القياس ، وجاء عن مالك أن المغرق في القياس يكاد يفارق السنة .

وهذا الكلام لا يمكن أن يكون بالمعنى الذى تقدم قبل ، وأنه ما يستحسنه المجتهد بعقله ، أو أنه دليل ينقدح في نفس المجتهد ، فإن مثل هذا لا يكون تسعة أعشار العلم ، ولا أغلب من القياس الذى هو أحد الأدلة .

ثم يرد الشاطبي على من عرفوا الاستحسان بأنه : « ما يستحسنه المجتهد بعقله ويميل إليه بطبعه » فيقول : « ولا شك أن العقل يجوز أن يرد الشرع بذلك . . . ولكن لم يقع مثل هذا ولم يعرف التعبد به لا بضرورة ولا بنظر ولا بدليل من الشرع قاطع ولا مغلون ، فلا يجوز إسناده لحكم الله ، لأنه ابتداء تشريع من جهة العقل .

وأيضاً فإننا نعلم أن الصحابة رضى الله عنهم حصروا نظرهم في الوقائع التى لا انصوص فيها فى الاستنباط والرد إلى ما فهموه من الأصول الثابتة ، ولم يقل أحد منهم إنى حكمت فى هذا بكذا لأن طبعى مال إليه ، أو لأنه يوافق محبتى ورضائى ، ولو قال ذلك لاشتد عليه النكير وقيل له : من أين لك أن تحكم على عباد الله بمحض ميل النفس وهوى القلب ، هذا مقطوع بطلانه . بل كانوا يناظرون ويعترض بعضهم على ماخذ بعض ، ويحصرون ضوابط الشرع . وأيضاً فلورجع الحكم إلى مجرد الاستحسان لم يكن للمناظرة فائدة ، لأن الناس تختلف أهواؤهم وأغراضهم فى الأطعمة والأشربة واللباس وغير ذلك ولا يحتاجون إلى مناظرة بعضهم بعضاً لم كان هذا الماء أشهى عندك من الآخر ، والشرعية ليست كذلك^(٢) .

(١) الاعتصام ج ٢ ص ١٣٨ .

(٢) الاعتصام ج ٢ ص ١٥٠ .

ثم رد على القائلين بأنه دليل ينقدح في ذهن المجتهد لا تساعد العبارة عنه ولا يقدر على إظهاره فقال : « إنه لو فتح هذا الباب لبطلت الحجج وادعى كل من شاء ما شاء ، واكتفى بمجرد القول فألجأ الخصم إلى الإبطال ، وهذا يجر فساداً لا خفاء له ، وإن سلم ، فهذا الدليل إن كان فاسداً فلا عبرة به . وإن كان صحيحاً فهو راجع إلى الأدلة الشرعية فلا ضرر فيه ، (١) »

وهذا يؤكد أن الاستحسان عند المالكية عمل بالأدلة الشرعية المعتمدة على النصوص الشرعية ، وليس عملاً بمصلحة يراها المجتهد بعقله ويميل إليها بطبعه ، إذ النظر في المسائل الشرعية نظر في أمر شرعي والعقل ليس بشارع كما سبق غير مرة .

٣ - - التوفيق بين قول المالكية بإلغاء المصلحة التي تخالف النص ، وقولهم إن الاستحسان ترك لمقتضى الدليل بالمصلحة .

قال المالكية إن المصلحة المرسلة هي المصلحة الملائمة لجنس تصرفات الشرع ، بحيث لا تنافي أصلاً من أصوله ولا دليلاً من أدلته ، وأن المصلحة المصادمة للنص مصلحة ملغاة ، وفي باب الاستحسان ، نراه يعرفون الاستحسان بأنه ترك مقتضى الدليل للمصلحة ، ويصرحون بأن العموم إذا استمر فإن ماله كما يستحسن تخصيصه بالمصلحة . فهل يعنى هذا التناقض في عبارات المالكية ، حيث اعتبروا المصلحة في مقابلة العموم في باب الاستحسان ، في حين أنهم ألغوا المصلحة المناقضة للنص في باب المصلحة المرسلة ؟

لقد رأينا بعض الكتاب المحدثين يصرح بذلك ، ويرمى كتاب الأصول الذين تصدوا لبيان مذهب مالك في المصلحة بالتناقض ، ثم يقرران مذهب

مالك هو العمل بالمصلحة المناقضة للنص ، وفسر ذلك بقوله : إن المصلحة كما تخصص النص ترفع جميع مدلوله بحيث لا يبقى تحته فرد من الأفراد ، بل وتقدم على النص الخاص الذى ليس تحته إلا فرد واحد فتعطل العمل بهذا النص .

والواقع أنه لا تناقض فى كلام المالكية وذلك للأسباب الآتية :

١ - يشترط كتاب الأصول المالكية فى المصلحة المرسلة الملاءمة لمقاصد الشارع ، ثم يفسرون هذه الملاءمة بكون المصلحة لا تنافى أصلاً من أصوله ولا دليلاً من دلائله ، ومعنى هذا أن المصلحة إذا ناقضت نصاً شرعياً لم تكن ملائمة لمقاصد الشارع ، إذ كيف يقال إن المصلحة المناقضة لمقاصد الشارع المصادمة لنصوصه مصلحة ملائمة لجنس تصرفات الشارع ؟

وفى باب الاستحسان يقررون أن مالاً كماً يستحسن أن يخص العموم بالمصلحة ، ويصرحون بأن الاستحسان هو تقديم الاستدلال المرسل على القياس ، ومعنى هذا أن المصلحة التى تقدم على القياس والعموم هى المصلحة الملائمة ، بمعنى أنها لا تنافى أصلاً من أصول الشرع ولا تناقض دليلاً من أدلته ، وهذا يدل على أنهم يقصدون بالعموم والقياس الذى يخص بالمصلحة فى باب الاستحسان ، العموم والقياس بمعنى تحقق المناط لا بمعنى الدليل أو النص الشرعى ، فى تضمين الأجير المشترك ، وهو مثال تخصيص العموم بالمصلحة لا نجد نصاً يشمل بعمومه عدم التضمين ، إذ أن مناط الضمان هو التعدى للنص : « فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمنل ما اعتدى عليكم » ، وهذا النص يقرر حكماً موضوعياً لا كلام فيه ، وإنما الكلام فى إثبات هذا العدوان . وهنا نجد نصاً آخر هو « البينة على المدعى » ، وقد كان تطبيق مناط هذا الدليل يقضى بعدم الضمان على الأجير المشترك إذا ادعى الهلاك ، لأن الظاهر يشهد له فهو مدعى عليه . ولكن تركنا هذا العموم محافظة على الأموال وقلنا إنه مدع ، إذا غلب على الصنيع التعدى

والتقصير إذ الظاهر يشهد لرب السلعة في هذه الحالة ، فكان مدعى عليه والأجير مدع ، فالكلام إذن في دليل تحقيق المناط وليس في نص شرعى قدم العمل بالمصلحة المرسلة عليه .

وفي هذا يقول الشاطبي^(١) : « اعلم أن كل مسألة تفتقر إلى نظرين : نظر في دليل الحكم ، ونظر في مناطه ، فأما النظر في دليل الحكم فلا يمكن أن يكون إلا من الكتاب والسنة أو ما يرجع إليهما من إجماع أو قياس أو غيرهما . . . وأما النظر في مناط الحكم ، فإن المناط لا يلزم أن يكون ثابتاً بدليل شرعى فقط ، بل يثبت بدلائل شرعى أو بغير دليل . .

فإذا ثبت أن مناط الضمان هو التعدى ، وأن البينة على المدعى ، ثم ادعى الصانع أو الأجير أن السلعة هلكت منه دين تعد أو تقصير فإننا نحقق مناط الحكم الشرعى في هذه الحالة . فمن يقول بالضمان يؤمسه على أن مناط الضمان هو التعدى ، وأنه لما كانت البينة على المدعى ، ولما كان المدعى هو من لا يشهد له أصل أو ظاهر أو عرف أو عادة ، وكان الصانع يدعى خلاف الغالب - إذ الغالب على الصانع التعدى والتقصير - كان مدعياً ، فلا تقبل دعواه الهلاك ، بل يضمن السلعة حتى يقوم الدليل على أن الهلاك لم يكن بتقصير منه .

ومن يرى أنه غير ضامن ، بنى هذا على أن الأصل في الصانع الأمانة ، فإذا ادعى الهلاك فإن الأصل يشهد له ، وإذا كان الأصل يشهد له ، كان مدعى عليه وعلى صاحب السلعة أن يقدم الدليل على التعدى أو التقصير .

فالأمر لا يتعلق بالدليل الشرعى ولا بالحكم المأخوذ منه ، فالحكم الشرعى ثابت لا يتغير ولم نخصصه بهذه المصلحة ، فإن القائل بالتضمن والنافى له مقر بأن الحكم الشرعى أن مناط الضمان هو التعدى ، وأن

الحكم الشرعى المتعلق بالإثبات هو أن البينة على المدعى ، والخلاف بينهما إنما هو فى تحقيق مناط هذا الحكم الشرعى ، ومرجع هذا الخلاف أمور خارجة عن أصل الحكم الشرعى ، وذلك كالأصل والغالب ، والعرف والعادة .

فإذا قال المالكية إن تضمين الأجير المشترك استحسان أساسه المصلحة ، وأنه ترك لمقتضى الدليل لهذه المصلحة فإنهم لا يقصدون بالدليل النص المقرر للحكم الشرعى ، فإن هذا لا يترك ، وإنما يقصدون بالدليل دليل تحقيق المناط . وهذا يسميه المالكية دليلاً أيضاً . يقول الشاطبى : « إن الأجراء مؤتمنون بالدليل لا بالبراءة الأصلية ، ، ويعنى بذلك الدليل المستفاد من تحقيق المناط .

وبالمثل ، إذا قلنا إن ترك الدليل فى التفاه اليسير يعد استحساناً بقاعدة رفع الحرج ، فإننا لا نقصد بالدليل النص الذى أفاد الحكم الشرعى ، والذى ترك إيثراً للتوسعة ورفع الحرج ، وإنما نقصد تحقيق مناط الدليل الشرعى ، فالحديث ورد بالنهى عن الغرر مطلقاً ، فاحتاج مالك إلى استنباط مناط هذا الحديث ، ثم تحقيق هذا المناط فى الوقائع التى ليس فيها نص حكم للشارع فقال : « ليس المراد من الحديث نفي كل ما يطلق عليه غرر لغته ، لأنه قد ثبت عن الشارع جواز بيع الجوز واللوز والدور المغيبة الجدران ، وفى كل هذا ضرب من الغرر ، وإنما المقصود من الغرر فى الحديث : الغرر الذى يودى إلى التنازع ولا يتسامح فيه غالباً ، وبذلك أجاز الغرر اليسير الذى لا يودى إلى التنازع ويتسامح فيه غالباً . وللأصوليين قاعدة مضمونها أن المعنى المناسب إذا كان جلياً سابقاً للفهم عند ذكر النص صح تحكيمه فى النص بالإخراج منه والزيادة عليه ، (١) .

وعلى هذا فإذا قلنا إن مالكاً يرى ترك الدليل فى يسير الغرر إيثراً

للتوسعة ورفعاً للحرج فعنه أنه يترك وجهاً من وجوه تفسير النص إلى وجه آخر للمصاححة ، وليس فيه ترك للنص ، أو تخصيصه بمصاححة مجردة كما فهم البعض .

وبالمثل فإن إيجاب الغرم على من قطع ذنب بغلة القاضى ليس عملاً بالإجماع أو المصلحة المخالفة للنص الشرعى ، فالنص الشرعى يقضى بأن على المعتدى جزاء اعتدائه ، يقول تعالى : « فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم » فهذا النص يفيد أن على المعتدى أن يعرض المعتدى عليه عن الضرر الذى أصابه فى ماله نتيجة اعتدائه ، فإذا فانت العين بالكلية فلما اكملها طلب القيمة اتفاقاً ، أما إذا أدى الاعتداء إلى نقص يسير منها ، فليس له طلب القيمة كلها ، بل ما يقابل النقص . ثم اختلفوا فيما إذا كان الاعتداء مفوئاً لمنافع العين المقصودة : فمالك يلحق حالة ما إذا ذهب جل منفعة العين ، كقطع ذنب بغلة القاضى ، بما إذا ذهبت العين بالكلية ، لأنه يرى أن مناط الضمان هو الضرر الذى أصاب المالك شخصياً ، وذلك بحسب الاستعمال المعدة له العين المعتدى عليها ، وهذا استثناء من القاعدة عنده وهى أن الشخص لا يلزم إلا بقيمة التالف .

والخلاصة أن النص قد دل على قاعدة مضمونها أن المعتدى يلزم بضمان ما ألتفه . وعند تطبيق هذه القاعدة على حالة ما إذا أدى الاعتداء إلى ذهاب جل منفعة العين كقطع ذنب بغلة القاضى ترى أن الفقهاء يختلفون : فيرى المالكية أنه يضمن الجميع ، ويقول الشافعى وأحمد ليس له إلا ما نقص ، ويقول أبو حنيفة فى الثوب والعبد كقول المالكية فى الأكر ، فإذا ذهب النصف أو الأقل باعتبار المنفعة عامة فليس له إلا ما نقص .

وهذا الخلاف لا يرجع إلى الحكم الشرعى الذى دلت عليه النصوص ، وإنما إلى تطبيق مناط هذا الحكم ، ففي قطع ذنب بغلة القاضى ، يرى المالكية أن الجانى ملزم بتعويض القاضى عن الدابة كلها ، لأن قيمة الدابة كلها قد

فانت ، لأن الغرض منها الركوب وقد فات هذا الغرض ، ويرى غيره أن الدابة لم تقم كلها لأنه لا يمكن الانتفاع بها بحسب الغرض العام ، لا بحسب الاستعمال الخاص .

فالكل متفق على أن على الجاني قيمة ما فات على صاحب العين ثم يختلفون بعد ذلك . فبينما يرى مالك أن الفاتت هو كل القيمة بحسب الاستعمال الخاص والغرض المعين ، يرى غيره أن الفاتت هو البعض ، وذلك بحسب الاستعمال العام ، وهو من باب تحقيق مناط الحكم لا من باب تخصيص دليل الحكم . وأما في بغلة غير القاضى فإن الفاتت هو بعض القيمة لا كلها لأنه بعد القطع يمكنه الانتفاع بها فى الحمل وغيره .

فبالنظر إلى القاعدة العامة التى توجب أن المعتدى يضمن قيمة النقص فقط ، سمي المالكية الاستثناء الذى يوجب ضمان جميع القيمة فى هذه المسألة استحساناً .

نبا - عرفة الاستحسان بالمصلحة المرسل :

قلنا إن المصلحة المرسله هى المصلحة التى لم يشهد لها نص معين بالاعتبار ولا بالإلغاء ، وإنما شهدت النصوص لجلسها ، وإذا كان الاستحسان هو العمل بمصلحة فى مقابلة عموم أو قياس فإنه يكون كل استحسان فيه عمل بمصلحة مرسله ، ويفترق عن المصلحة بأنه عمل بهذه المصلحة فى مقابلة عموم أو قياس ، فى حين أنه فى المصلحة المرسله لا نجد هناك عمراً أو قياساً تعتبر المصلحة استثناء منه .

ويمثل المالكية بأمثلة واحدة للمصالح المرسله والاستحسان كما فعلوا فى تضمين الصناع ، فإن الشاطبي مثل به للمصالح المرسله ثم مثل به للاستحسان ، وذلك بالاعتبار ، فمن حيث إن تضمين الصناع مصلحة لم يشهد نص شرعى لأمينها وإنما دخلت تحت جنس اعتبره الشارع وعلمت ملائمته لتصرفاته من

المجموع نصوصه ، تسمى مصلحة مرسله ، ومن حيث إن هذه المصلحة على خلاف قاعدة عامة سميت استيحساناً ، وفي ذلك يقول الشاطبي عندما مثل للاستحسان بالمصلحة بتضمنين الأجير المشترك :

« فإن قيل هذا من باب المصالح المرسله لا من باب الاستحسان ، قلنا نعم . إلا أنهم صوروا الاستحسان بصورة الاستثناء من القواعد ، بخلاف المصالح المرسله . ومثل ذلك يتصور في مسألة التضمنين ، فإن الأجراء مؤتمنون بالدليل لا بالبراءة الأصلية . فصار تضمينهم في حيز المستثنى من ذلك الدليل فدخلت تحت معنى الاستحسان بذلك النظر ،^(١) .

وأما من أدخل في الاستحسان العمل بالإجماع والعرف وقاعدة رفع الحرج فإن الاستحسان يكون أعم من المصلحة المرسله ، إذ تكون المصلحة نوعاً من الاستحسان .

الفرع الثالث

قاعدة منع التحيل

نعرف في هذا الفرع التحيل الذي يقصده المالكية ، ثم نقيم الأدلة على اعتبار الشارع لقاعدة منع التحيل ، وأخيراً نفصل القول في حكم الفعل المتحيل به مبينين أن هذا الفعل حرام ديانة ، وباطل قضاء إذا ثبتت النية المحرمة وظهر الباعث غير المشروع ، رادين بذلك زعم بعض السكاتب المحدثين أن أحداً من الأئمة لم يقل ببطلان الفعل المتحيل به قضاء حتى إذا ثبت القصد المحرم وظهر الباعث غير المشروع .

المطلب الأول

تعريف التحيل

وسوف أذكر تعريف الشاطبي للتحيل الذى يقول مالك بالمنع منه ، ثم أشرح هذا التعريف مع ضرب الأمثلة التى تعين على فهمه ، وأخيراً أحدد المقصود بالتحيل التى منع مالك منها ، وذلك بإخراج محترزات التعريف .

أولاً - تعريف الشاطبي للتحيل :

يعرف الشاطبي التحيل فيقول إن حقيقة المشهورة هي : « تقديم عمل ظاهر الجواز لإبطال حكم شرعى ، وتحويله فى الظاهر إلى حكم آخر ، فآل العمل فيها خرم قواعد الشريعة فى الواقع ، كالوأهب ماله عند رأس الحول فراراً من الزكاة ، فإن أصل الهبة على الجواز ، ولو منع الزكاة من غير هبة لكان ممنوعاً فإن كل واحد منهما ظاهر أمره فى المصلحة أو المفسدة . فإذا جمع بينهما على هذا القصد صار مآل الهبة المنع من أداء الزكاة . وهو مفسدة . ولكن هذا بشرط القصد إلى إبطال الأحكام الشرعية » (١) .

ثانياً - شرح التعريف :

وعلى هذا ، فالتحيل هو فعل سبب أو اتخاذ وسيلة صحيحة فى الظاهر ، لقلب الأحكام الثابتة شرعاً ، إيمان ذلك أن الله أوجب أشياء وحرم أخرى ، إما مطلقة من غير قيد ولا ترتيب على سبب ، كإيجاب الصلاة والحج والصوم ، وحرمة الزنا والربا والقتل وأكل مال الغير ظلماً ، أو كان ذلك الإيجاب أو تلك الحرمة مرتبة على سبب ومتوقفة على شرط ،

(١) الموافقات ج ٤ ص ٢٠١ .

وذلك كإيجاب الزكاة والكمفارات والشفعة للشريك ، وكتحريم المطلقة ثلاثاً والانتفاع بالمغصوب والمسروق . فإذا قدم المكلف فعلاً مشروعاً في الظاهر ، قاصداً من ذلك الفعل التوصل به إلى إسقاط ذلك الوجوب عن نفسه ، أو في إباحة ذلك المحرم عليه ، بحيث يصير ذلك الواجب غير واجب في الظاهر ، أو المحرم حلالاً في الظاهر ، فإن هذا التوصل يعتبر تحيلاً وحيلة .

فالشارع حرم الربا ، فإذا توسل المحتال إلى تحليل هذا المحرم في الظاهر وذلك بتقديم عمل ظاهر الجواز ، كأن يكرن قصده بيع عشرة نقدأ بعشرين إلى أجل ، فجعل العشرة ثمناً لسلعة ثم باعها من البائع الأول بعشرين إلى أجل ، فإن هذا العمل يسمى حيلة وتحيلاً ، لأنه قدم عملاً ظاهراً الجواز ، هو عقد البيع ، بقصد التوصل به إلى إبطال حكم شرعى ، وهو إظهار الحرام في صورة الحلال .

والشارع حرم قتل النفس ، فإذا توسل القاتل إلى إبطال هذا الحكم ، وذلك بأن يضع لغريمه سبياً مجهزاً كإشراع الرمح وحفر البئر ونحو ذلك ، فإنه يعد بذلك متحيداً على إبطال حكم شرعى ، وهو جعل القتل المحرم غير محرم في الظاهر ، إذ ظاهر فعله مأذون فيه لأنه مجرد حفر بئر وإشراع رمح .

والشارع أوجب الحج على المستطيع ، وهذا حكم شرعى ، فإذا توافر بالنسبة للمكلف الاستطاعة فإن الحج يجب عليه . فإذا توسل بفعل ظاهر الجواز إلى إبطال هذا الحكم كإتفاق ماله أو هيبته بقصد سقوط هذا الوجوب عنه ، فإنه يعد بذلك متحيداً على إسقاط هذا الواجب ، وهو تغيير للحكم الشرعى ، وجعل الواجب غير واجب في الظاهر .

وإذا توافر النصاب في حق شخص معين ، فأراد أن يهرب من وجوب الزكاة أو يقصها ، فوهب المال ، أو جمع بين متفرقة أو فرق بين مجتمعه بهذا القصد ، فإنه يعد متحيداً لإسقاط الواجب أو إنقاصه ، وهو إبطال

لحكم شرعى وهدم لمقصد قطعى وتقويت لمصلحة معتبرة وإنفاص لحق المساكين .
والفرقة بين الزوج وزوجته أمر مخالف لمقاصد الشارع ، إذا لم يوجد سبب
يدفع الزوج إلى إيقاع هذه الفرقة ، فإذا تحيلت الزوجة بفعل مشروع
فى الظاهر ، كإرضاع ضررتها ، لتحريم الضرة على زوجها ، فإن هذا العمل
يعد تحيلاً ، لأنه تحريم للحلال ، بفعل ظاهر الجواز .

وليس للوارث حق فى وصية عملها مورثه ، حفظاً على العدالة بين
الورثة ، فإذا تحيل المورث بفعل ظاهر الجواز ، كأن يقر بدين للورث ،
فإنه يعد متحليلاً على إبطال حكم شرعى ، هو بطلان الوصية للوارث .

وعلى الجملة فإن التحيل يتحقق فى حالة ما إذا كان المحتال يهدف إلى
غاية محرمة . ويرمى إلى متصد يناقض قصد الشارع من إبطال حق أو إسقاط
واجب أو تحليل محرم ، أو تحريم حلال ، ولكنه لم يتخذ الوسائل التى
وضعت مؤدية فى العادة لهذا المحرم ، ولكن توسل إلى قصده المحرم وغايته
غير المشروعة بفعل مشروع فى الأصل قصد الشارع من شرعه تحقيق مصلحة
خاصة لم تكن هى قصد المتحيل ، وإنما كان قصده مما يناقض قصد الشارع .
فعقد الهبة عقد ظاهر الجواز إذ الأصل فيه المشروعية لما يترتب عليه من مصالح
كثيرة ، هى الإرفاق والإحسان إلى الموهوب له والتوسعة عليه غنياً
كان أو فقيراً ، وجلب مودته ومحبة . ورفعاً لرذيلة البخل لدى الواهب .
فلو أن الواهب قصد بالهبة هذه المصالح لكانت هبة مشروعة ، لأن قصده
فى العمل وقع موافقاً لقصد الشارع من التشريع . ولكن المتحيل ابتغى
بهذا العمل غير ما وضع له ، حيث قصد منه الفرار من دفع الزكاة . وهذا
القصد فيه منافضة لمصلحة الإرفاق والتوسعة ، وتقوية لرذيلة الشح والبخل .
وكذلك عقد النكاح قصد الشارع منه تكوين الأسر ، وإنجاب الولد
والسكن والمودة والرحمة . فإذا عقد المحلل زواجاً بقصد التحليل لزوج
الأول وليس فى نيته أن يكون أسرة ولا أن يتعاون مع زوجه على

تربية الولد فإن قصده ذلك يعد مناقضاً لقصده الشارع . إذ مقاصد الشارع من الزواج تقتضى العشرة الدائمة والتعاون بين الزوجين على أعباء الحياة وهو لم يقصد بعقد الزواج شيئاً من هذه المصالح .

ولذلك قلنا إنه لا يمكن أن يتحقق التحيل إلا إذا كان قصد المتحيل أن يهدم أصلاً شرعياً أو مصلحة معتبرة . وفي هذا يقول الشاطبي ^(١) : « فإذا ثبت هذا ، فالحيل التي تقدم إبطالها والنهي عنها ما هدم أصلاً شرعياً ونافض مصلحة شرعية فإن فرضنا أن الحيلة لا تهدم أصلاً شرعياً ولا تناقض مصلحة شهد الشرع باعتبارها فغير داخل في النهي . ولا هي باطلة . ويقول : ^(٢) » لما ثبت أن الأحكام شرعت لمصالح العباد . كانت الأعمال معتبرة بذلك ، لأن مقصود الشارع فيها كما تبين . فإذا كان الأمر في ظاهره وباطنه على أصل المشروعية ، فلا إشكال ، وإن كان الظاهر موافقاً والمصلحة مخالفة فالفعل غير صحيح وغير مشروع ، لأن الأعمال الشرعية ليست مقصودة لأنفسها ، وإنما قصد بها أمور أخرى معانيها ، وهى المصالح التي شرعت لأجلها ، فالذى عمل في ذلك على غير هذا الوضع فليس على وضع المشروعات ، .

ثالثاً - إخراج من قبور التعريف :

وإذن يمكننا أن نميز الحيل التي يقصدها الشاطبي عن غيرها بإخراج محترزات التعريف .

١ - فالحيلة كما قلنا تقديم عمل ظاهر الجواز . ومعنى هذا أن العمل المتحيل به ، أو الوسيلة التي قصد بها الوصول إلى هدم المقاصد الشرعية هى وسيلة مأذون فيها فى الأصل أو فى الظاهر ، وذلك لما يترتب على مشروعيتها أو الإذن فيها من المصالح التي يقصدها الشارع . فعقد البيع

(١) الموافقات ج ٢ ص ٣٨٧ .

(٢) الموافقات ج ٢ ص ٣٨٥ .

والهبة والنكاح والإرضاع كل هذه أفعال ظاهرة الجواز والمشروعية لما يترتب عليها من المصالح فليست ممنوعة في ذاتها وليست أسباباً لمفاسد في الأصل .

وعلى ذلك . فإذا كانت الوسيلة أو الفعل المتوسل به إلى هدم الأصول الشرعية غير مأذون فيها فإن اتخاذ التحيل لها وسيلة إلى هدم المقاصد الشرعية ليس من باب التحيل على هذا التعريف . وإن كان أولى بالمنع من الحيل . لأن الحرمة والإثم اجتمعت على هذا الفعل من ناحيتين : من ناحية أنه حرام ومفسدة في نفسه ومن ناحية أنه قد قصد به مفسدة أخرى لم يكن يؤدي إليها في الأصل لو لم يقصد به هدم المقاصد الشرعية ومثال ذلك من قصد إلى إسقاط الصلاة بعد دخول وقتها فشرب خمرأ حتى يخرج وقت الصلاة وهو فاقد العقل غير مكلف بالأداء فتعاطى الخمر حرام ومفسدة في نفسه وقد قصد به إسقاط واجب ، فاجتمع على هذا الفعل الإثم من ناحية الوسيلة والقصد .

وكذلك الرجل يريد أن يزني بالمرأة ، فيتوسل إلى ذلك بإقامة شهود زور على أنه قد تزوجها برضاها فيحكم الحاكم بذلك . فهذا الفعل قد اجتمع فيه الحرام من ناحيتين ، أولاهما : أنه شهادة زور ، وثانيهما : أنه قصد بذلك الزنا .

ولقد قلنا إن الشاطبي يهرح بأن حقيقة الحيل المشهورة التوسل بفعل ظاهر الجواز ، وهو يشير بذلك إلى أن هناك حقيقة غير مشهورة للتحيل ، وهذه يدخل تحتها التحيل بغير المشروع أيضاً ، فعلى هذا الاصطلاح غير المشهور يطلق على شرب الخمر لإسقاط الصلاة ، وعلى إقامة شهود الزور بقصد الزنا ، أنه حيلة ، ووجه هذه التسمية أن الفعل وإن كان محرماً في نفسه إلا أنه جعل وسيلة إلى محرم آخر لم يكن هذا الفعل مؤدياً إليه في الأصل والظاهر ، فكان حيلة من هذا الوجه ، أي حيلة إلى مقصود محرم ومفسدة ممنوعة غير المفسدة التي تترتب على الفعل لو لم يقصد به ذلك القصد

١٨ — نظرية المصاحبة في الفقه الإسلامي

فشرب الخمر حرام وفيه مفسدة ضياع العقل ، وهي المفسدة الظاهرة في هذا الفعل ، ولكن قصد إسقاط وجوب الفريضة مفسدة لا يقصد في العادة للوصول إليها .

وعلى هذا الاصطلاح غير المشهور يعرف الشاطبي التحيل فيقول^(١) :
« التحيل بوجه سائغ مشروع في الظاهر ، أو غير سائغ ، على إسقاط حكم أو قلبه إلى حكم آخر ، بحيث لا يسقط أو لا ينقلب ، إلا مع تلك الوسطة ، فتفعل ليتوصل بها إلى ذلك الغرض المقصود ، مع العلم بكونها لم تشرع له . »

فعلى هذا التعريف يدخل الفعل غير المشروع في باب الحيل ، إذا قصد به التوصل إلى إبطال حكم شرعى لم يكن مؤدياً إليه في الظاهر لولا هذا القصد . والشاطبي قد مثل لهذا النوع من الحيل ؛ على هذا الاصطلاح غير المشهور . والاصطلاح والتسمية لا تهم مادام الحكم ليس محل خلاف .

وهناك صورة تستحق العناية ، وهي ما إذا كان القصد متفقاً مع قصد الشارع ، وبعبارة أخرى ، أن يكون قصد الشخص أن يتوصل إلى حق ، أو يدفع عن نفسه ظملاً ، ولكنه لا يستطيع الوصول إلى حماية هذا الحق ولا دفع هذا الظلم بالطرق والوسائل المشروعة التي تؤدي إلى هذه الحماية في الظاهر ، فيلجأ إلى فعل غير مأذون فيه في الأصل لما يترتب عليه من المفسدة ، فهل يدخل هذا في باب الحيل أم لا ، وإذا لم يدخل في باب الحيل فما حكم هذا الفعل ؟.

ولنضرب لهذا النوع من الأفعال أمثلة ثم نبين حكمه :

(١) رجل له دين على آخر ، وليس هناك بدينة تثبت هذا الدين ، والمدين

منسكرك لحق الدائن ، وكان لهذا المدين ودیعة عند الدائن ولا بینة علیها
أیضاً ، فطالب المدين الدائن برده الودیعة فأنكرها بقصد الحصول علی حقه
دون زیادة أو نقصان .

ففي هذا المثال نجد أن الغایة والقصد هو الوصول إلى الحق ، وليس
إسقاطاً لو اوجب ، ولا إبطالا لحق ، ولا ظلماً لأحد ، ولكن الوسيلة التي
توصل بها صاحب الحق إلى حقه وسيلة غیر مأذون فيها ، لأن الكذب
لايجوز ، وإنكار الحقوق الثابتة منهي عنه .

(ب) امرأة لها دين علی زوجها وليس علی هذا الدين بینة تشهد به ، وقد
طلق هذا الزوج زوجته ، فطالبته بالدين ، فأنكر وامتنع عن الوفاء ، وبقصد
الوصول إلى هذا الحق ادعت المرأة كذباً أن عدتها لم تنقض حتی توصلت
إلى ما يعادل حقها عند زوجها .

فهنا أيضاً نجد أن الوسيلة غیر مشروعة ، والغایة والقصد هو الوصول
إلى حق .

هذا الفعل غیر داخل في تعريف الخيل عند الشاطبي ، ذلك أنه أخذ
في تعريف الخيل أن يكون قصد المتحیل إبطال حق ، أو إسقاط واجب ،
أو بعبارة أخصر ، هدم مقاصد الشارع ، والوصول إلى الحق مقصد من
مقاصد الشارع ، فليس هناك فعل ناقض به فاعله قصد الشارع .

والشاطبي لم يتعرض لحكم هذه الصورة فيما كتبه عن التحیل . وقد
وجدنا ابن القيم في كتابه أعلام الموقعين يدخلها في باب الخيل ويبين حكمها ،
فهو يرى أنه إذا كان الطريق محرماً في نفسه ، وكان المقصود به حقاً ، فإن
من یجيز مسألة الظفر یجيز مثل هذا الفعل ، ولكنه یقرر أن هذا یأثم علی
الوسيلة دون المقصود ، ویؤيده بحديث : « أد الأمانة إلى من ائتمنك
ولا تخن من خانك » (١) .

(١) راجع تفصیل هذا القسم في الخيل ، وأمثاله في كتاب أعلام الموقعين لابن القيم ج ٣

وعما يجب التنبية إليه أن ابن القيم وإن كان يدخل مثل هذا الفعل في باب الحيل فإنه يصرح أن هذا على الاصطلاح غير المشهور ، إذ الحيل في الاصطلاح المشهور كما يرى الشاطبي تقديم فعل ظاهر الجواز لإبطال حكم شرعي أو تغييره في الظاهر ، ولكنه على كل حال بين الحكيم فيه .

على أن الأحناف ، كما سنرى ، يميزون هذا النوع من الحيل ، وقد جاء منه الشيء الكثير في كتابي : الحيل لمحمد بن الحسن والخصاف .

٢ - قلنا إن الحيل تتحقق إذا كان المتحيل قد قصد من الفعل الظاهر الجواز لإبطال حكم شرعي ، كإسقاط واجب ، أو لإبطال حق . وعلى هذا فإن كان الفعل الظاهر الجواز قد اتخذ وسيلة لإثبات حق أو دفع ظلم فإنه ليس داخلاً في باب الحيل ، وليس محرماً .

ومثال ذلك إذا كان على رجل فقير دين لآخر ، وأراد الدائن أن يسقط الدين عن ذلك الفقير ، وأن يجعل ذلك في مقابل الزكاة الواجبة ، فإن قواعد الفقه تمنعه من ذلك ، لأن نية دفع الزكاة واجبة عند التسليم ، وفي هذه الحالة لا تسليم فلا نية ، فتوسل إلى قصده بدفع مقدار الدين إلى المدين ناوياً به الزكاة ، ثم يسترده من المدين وفاء لدينه .

وكذلك إذا أراد رجل أن يدفع ماله لآخر قراضاً ، ولكنه يخشى خيانة صاحب العمل ، ويخاف أن يختلس مال القراض ويدعى التلف أو الهلاك ، فيقبل قوله لأنه أمين ، والأمين لا يضمن ، فكان بين أمرين : إما أن يترك المضاربة ، وهذا إضرار به ، وإما أن يفعل وفيه ضياع رأس ماله . فتوسل إلى غرض الحفاظ على ماله بأن أقرض رأس المال إلى صاحب العمل إلا درهماً واحداً ، ثم شاركه بهذا الدرهم فيما أقرضه على أن يعملوا والربح بينهما . وبهذا يتحقق قصده ، فصاحب العمل ضامن لرأس المال لأنه قرض في يده ، والربح بينهما على ما اشترطا ، عملاً معاً أو عمل أحدهما .

ففي هاتين الحالتين نجد أن الغاية هي الوصول إلى حق ، أو حماية حق ، وليست إبطالا لحق الغير ولا إسقاطاً لواجب عليه ، والوسيلة التي اتخذت للوصول إلى هذا الغرض وسيلة مشروعة في الأصل ، وغاية الأمر أنها لم توضع مؤدية لهذا الغرض في الأصل .

وتعريف الشاطبي للتحويل يجعل مثل هذه الصور خارجة عن معنى الحيل التي يتكلم عنها . لأنه أخذ في تعريف الحيل أن تكون الحيلة هادمة لأصل شرعي ، ومناقضة لمصلحة شرعية ، أو بعبارة أخرى ، مبطله لحق ، أو مفوته لواجب . وهذه الأفعال ليس فيها شيء من هذا .

على أن ابن القيم قد أدخل هذا النوع من الأفعال تحت اسم الحيل أيضاً ، على الاصطلاح غير المشهور ، غير أنه صرح بجوازه فقال : القسم الثالث : « أن يحتال على التوصل إلى الحق أو على دفع الظلم بطريق مباحة لم توضع موصلة لذلك ، بل وضعت لغيره ، فيتخذها هو طريقاً إلى هذا المقصود الصحيح ... فهي في الفعال كالتعريض الجائز في المقال »^(١).

والخلاصة أن التحويل الذي يقصد الشاطبي الكلام عنه ، والاستدلال عليه ، تقديم فعل ظاهر الجواز ، بقصد التوصل به إلى هدم أصل شرعي ، أو مناقضة مصلحة شرعية ، من إبطال حق أو إسقاط واجب أو تحليل حرام في الظاهر أو العكس . وهو الذي عبر عنه الشاطبي بإبطال الأحكام الشرعية وتغييرها في الظاهر . وإذا كان الفعل المتوصل به حراماً في نفسه ، واتخذ حيلة لإبطال حكم شرعي ، فإنه وإن كان خارجاً عن الحيل بناء على الاصطلاح المشهور ، إلا أنه أولى بالمنع والتحریم من الحيل على الاصطلاح المشهور ، وأن الفعل غير المشروع إذا اتخذ حيلة للوصول إلى حق ، أو دفع ظلم ،

فإنه يكون خارجاً عن الحيل على هذا الاصطلاح أيضاً ، وإن الشاطبي لم يبين حكمه ، وقد رأينا ابن القيم يذكر هذا الحكم ، وأنه إذا كان الفعل مشروعاً ، والغاية مشروعة ، ولم يكن الفعل قد وضع أصلاً ليتوسل به إليها فإنه يكون خارجاً عن الحيل ، ويصرح الشاطبي بجوازه .

على أن ابن القيم يدخل هذه الأقسام الثلاثة في باب الحيل على الإصطلاح غير المشهور ويجعل الاصطلاح المشهور في الحيل : التوسل بفعل مشروع في الظاهر إلى مقصود محرم كما فعل الشاطبي فهو يقول : الثالث : وأن تكون الطريق لم توضع للإفضاء إلى المحرم ، وإنما وضعت مفضية إلى المشروع كالإقرار ، والبيع ، والنكاح ، والهبة ، ونحو ذلك . فيتخذها المتحيل سلباً وطريقاً إلى الحرام ، وهذا معترك الكلام في هذا الباب ، وهو الذي قصدنا الكلام فيه بالقصد الأول ، (١) .

المطالب الباقية

الأدلة على قصد الشارع لمنع التحيل

لقد أسس الشاطبي بطلان التحيل على جملة من الأصول الكلية ، والقواعد القطعية ، ثم قام بعمل استقراء من نصوص الشريعة يفيد أن التحيل بالفعل المشروع في الظاهر إلى إبطال الأحكام الشرعية باطل شرعاً . وسوف أتكلم على هذه الأسس كما يلي :

أولاً : مخالفة قصد المتحيل لقصد الشارع .

ثانياً : التحيل بالفعل الجائر إلى المفسدة داخل تحت نظرية اعتبار المآل .

ثالثاً : عدم جواز التحيل لإسقاط حكم السبب بفعل شرط أو تركه .

(١) راجع أعلام الموقعين ج ٣ ص ٣٤٧ .

رابعاً : انعدام الإرادة في العقد المتحيز به .

خامساً : الشرط المنافي لمقتضى العقد .

سادساً : الاستقراء من نصوص الشريعة .

الرأس الأول — مخالفة قصد المحتمل لقصد الشارع :

أسس الشاطبي بطلان الحيل على أن المحتمل قصد ما ينافي قصد الشارع فبطل عمله . ذلك أن قصد المكلف في العمل يجب أن يكون موافقاً لقصد الشارع ، وأن من ابتغى في تكاليف الشريعة غير ما شرعت له فقد ناقض الشريعة ، وكل من ناقضها فعمله في المناقضة باطل . وقد أقام الأدلة على أنه مخالفة قصد الشارع مبطله للعمل^(١) .

أما أن المحتمل قاصد بالعمل غير ما شرع له فظاهر . فالناكح بقصد تحليل المرأة لزوجها الأول قاصد بالزواج غير ما شرع له . فالزواج شرع

(١) يقول الشاطبي : « قصد الشارع من المكلف أن يكون قصده في العمل موافقاً لقصده في التشريع . والدليل على ذلك ظاهر من وضع الشريعة إذ قد مر أنها موضوعة لمصالح العباد على الإطلاق والعموم ، والمطلوب من المكلف أن يجري على ذلك في أفعاله ، وألا يقصد خلاف ما قصد الشارع » . الموافقات ٢ : ٢٣١ . ويقول ج ٢ ص ٣٣٣ « كل من ابتغى في تكاليف الشريعة غير ما شرعت له فقد ناقض الشريعة ، وكل من ناقضها فعمله في المناقضة باطل ، فمن ابتغى في التكاليف ما لم تشرع له فعمله باطل » . أما أن العمل المناقض باطل فظاهر ، فإن المشروعات إنما وضعت لتحقيق المصالح ودرء المفاسد ، فإذا خولفت لم يسكن في تلك الأفعال التي خولفت بها جلب مصلحة ولا درء مفسدة . وأما أن من ابتغى في الشريعة ما لم توضح له فهو مناقض لها فالدليل عليه من أوجه . . . » ثم ذكر أدلة ستة أردفها بقوله : « والسؤال أمثلة » كثيرة ، كإظهار كلمة التوحيد قصداً لإحراز الدم والمال ، لا للإقرار بالوحدانية ، والصلاة لينظر إليه بين الصلاح ، والجهاد للعصية أو لينال شرف الذكر في الدنيا ، والسلف ليحبره نفماً ، والوصية بقصد المضارة للورثة ، ونكاح المرأة ليحلها لمطلقها ، وما أشبه ذلك » فأصل بطلان العمل الذي خالف قصد المكلف فيه قصد الشارع أصل كل أخذ بالاستقراء المفيد للقطم والحيل داخلة تحت هذا الأصل . وبذلك تكون قاعدة المنع من التحيل داخلة تحت أصل مأخوذ من نصوص الشريعة بطريق الاستقراء المفيد للقطم .

للتناسل وتكوين الأسرة والسكنى والمودة والرحمة وما إلى ذلك من مصالح الزواج التي لا تحصل إلا بدوام العشرة . وليس من مصالح النكاح التي قصدتها الشارع منه أن يحلل الزوج المرأة لغيره . بل إن ذلك مناف للحكمة من الزواج ومفوت لمصلحته . والدليل على ذلك أن الجمهور متفق أن التحليل لو شرط صراحة في العقد لبطل لأنه شرط يناfi متقضى العقد . وقصد الشارع من عقد البيع دفع حاجة البائع إلى الثمن وحاجة المشتري إلى السلعة . فإذا قصد المحتال أن يقرض مائة إلى أجل ليسترد مائتين وجعل السلعة واسطة لذلك وليس لأحدهما غرض فيها بوجه من الوجوه فقد خالف قصده قصد الشارع . وكذلك وأهب النصاب قبيل الحول تهرباً من الزكاة لم يقصد المصلحة التي شرعت من أجلها الهبة وهي الصلة ودفع الحاجة وإنما قصد أن يتهرب من دفع الزكاة حتى إذا مضى الحول استرد هبته من الموهوب له .

المراس الثاني : مآل الفعل المتحليل به مفسدة .

رأينا أن الشاطبي أقام الأدلة القاطعة على أن النظر في مآلات الأفعال معتبر مقصود شرعاً ، وعرفنا أن مضمون هذه القاعدة أن المجتهد لا يحكم على فعل بالإذن أو المنع إلا بعد نظره إلى ما يؤول إليه ذلك الفعل . وانتهينا إلى أن إعمال هذه القاعدة يؤدي إلى أن الفعل المشروع لمصلحة فيه تستجلب ، أو لمفسدة تدراً ، يمنع منه ، إذا أدى استجلاب تلك المصلحة ، أو درء هذه المفسدة إلى فوات مصلحة أهم ، أو حدوث مفسدة أكبر ، وبالمثل فإن الفعل غير المشروع لمفسدة تلشأ عنه ، أو لمصلحة تندفع به ، يشرع إذا أدى استدفاع المفسدة ، أو جلب المصلحة إلى مفسدة تساوى أو تزيد .

وهذه القاعدة تنطبق على التحليل ، ذلك أن الفعل المتحليل به فعل مشروع لمصلحة في الظاهر لم يقصد به المتحليل تحصيل هذه المصلحة ، وإنما قصد به مفسدة محرمة ، كالوأهب ماله عند رأس الحول فراراً من الزكاة ، فإن أصل

الهبة على الجواز ، ولو منع الزكاة من غير هبة ، لكان ممنوعاً ، فإن كل واحد منهما ظاهر أمره في المصلحة أو المفسدة ، فإذا جمع بينهما على هذا القصد صار مآل الهبة المنع من أداء الزكاة . وهو مفسدة ،^(١) .

ابـرـاس الـثـاـلـث : قاعدة عدم جواز التحيل لإسقاط حكم السبب بفعل شرط أو تركه .

إذا كان إعمال السبب يتوقف على فعل شرط أو تركه . فإن قام المكلف بفعل ما يحقق هذا الشرط أو يفوته ، تحصيلاً لمصلحة شرعية فإن فعل الشرط يترتب عليه أثره .

وأما إذا فعل المكلف هذا الشرط أو تركه من حيث كونه شرطاً . دون قصد إلى تحصيل مصلحة شرعية ، وإنما قصداً لإسقاط حكم الاقتضاء في السبب ألا يترتب عليه أثره . فهذا عمل غير صحيح وسعى باطل .

فإذا توافر النصاب كان سبباً لوجوب الزكاة . ولكن يتوقف هذا الإيجاب على بقاء النصاب حتى يحول الحول . فإذا ما أنفق المكلف النصاب قبل الحول للحاجة إلى إنفاقه . أو أبفاه للحاجة إلى إبقائه فإن الأحكام التي تترتب على الأسباب تدبني على وجود الشرط أو فقده ، أما إذا أنفقه من حيث إنه شرط لوجوب الزكاة قاصداً عدم ترتب آثار السبب عليه فإن هذا العمل غير صحيح .

ولقد أقام الشاطبي الأدلة التي تفيد القطع في جملتها بأن فعل ما يحقق الشرط أو يعدمه ، بقصد إبطال حكم السبب ، فعل غير صحيح وسعى باطل ، ثم قال : « فإن هذا العمل يصير ما انعقد سبباً لحكم ، جلباً لمصلحة أو دفماً لمفسدة ، عبثاً لا حكمة له ولا منفعة فيه ، وهذا مناقض لما ثبت في قاعدة المصالح وأنها معتبرة في الأحكام . وأيضاً فإنه مضاد لقصد الشارع من

جهة أن السبب لما انعقد سبباً وحصل في الوجود ، صار مقتضياً شرعاً لمسببه ، ولكنه توقف على حصول شرط ، هو تكميل للسبب ، فصار هذا الفاعل أو التارك بقصد رفع حكم السبب قاصداً لمضادة الشارع في وضعه سبباً ، وقد تبين أن مضادة قصد الشارع باطلة ، فهذا العمل باطل ، (١) .

الاساس الرابع : انعدام الإرادة في العقد المتحيل به .

إن ركن العقد هو الرضا ، ولما كانت الإرادة أمراً باطناً لا يطلع عليه جعل الشارع مظنة الرضا ، وهو الصيغة تقوم مقام الرضا . على أنه إذا ثبت أن العاقد الذي أتى بالصيغة قد قصد بها غير ما وضعت له ، فإن الرضا بالعقد يكون منعدماً ، إذ الصيغة لا تنعقد سبباً لترتب آثار العقد عليه إلا إذا قصد بها العاقد غير مراد بها معنى يناقض موجبها ومعناها .

فعاقد الهبة بقصد التهرب من الزكاة لم يتوافر بالنسبة له الرضا بالعقد الذي أبرمه ، ذلك أنه قصد بالصيغة ما يناقض المعنى الذي وضعت له ، فلفظ الهبة إنما وضع لإرادة تملك الواهب للموهوب له على سبيل الإرفاق والإحسان ، والواهب للنصاب لم يقصد باللفظ معناه الموضوع له شرعاً ، وإنما قصد به الهروب من دفع الزكاة ولم يضع الشرع لفظ الهبة للهروب من دفع الزكاة ، كما لم يضع لفظ النكاح ليحلل المطلقة وإنما وضعه لدوام العشرة .

وإذا كان بعض عقود الهازل صحيحة فإن هناك فرقاً بين الهازل والمتحيل . ذلك أن الهازل أتى بالصيغة غير قاصد ما يناقض المعنى الذي

وضعت له شرعاً ، فكان قاصداً لحكم اللفظ حكماً ، وإن كان لم يقصده حقيقة ، وذلك بخلاف التحييل ، فإنه لما كان قاصداً خلاف معنى اللفظ لم يصح القول بأنه قاصد لمدلوله حكماً . فالهازل آت بالسبب غير راغب في ترتيب آثاره عليه ، وذلك ليس إليه بل إلى الشارع ، والتحييل غير آت بالسبب أو آت به على أنه ليس بسبب ، إذ لفظ النكاح آت به الهازل على أنه ليس سبباً للنكاح وإنما للأمر التحييل إليه (١) .

(١) انظر في تصوير بطلان التحييل على أساس انعدام الإرادة في العقد التحييل به ، والتفرقة بين عقد الهازل والمحتال في هذا الشأن الشاطبي في الموافقات ج ١ ص ٢١٦ ، ج ٢ ص ٣٣٠ وابن القيم في أعلام الموقعين ج ٣ ص ١٣٤ ، ص ١٣٦ ، حيث أفاض في بيان وجه بطلان العقد التحييل به على أساس انهدام الرضا لدى العاقد كالمكره تماماً ، وفرقاً بين عقد الهازل على القول بصحته في بعض الحالات ، وبين عقد المحتال . وإليك عبارة ابن القيم والشاطبي في بيان وجه الفرق ... يقول ابن القيم في أعلام الموقعين ٣ : ١٣٤ . « المكره قد آتى باللفظ المتعاضى للحكم ، ولم يثبت عليه حكمه ، لكونه غير قاصد له وإنما قصد دفع الأذى عن نفسه ، فانتفى الحكم لانتهاء قصده وإرادته لموجب اللفظ ... وهكذا المحتال الماكر الخادع ، فإنه لم يقصد الحكم المقصود بذلك اللفظ الذي احتال به وإنما قصد معنى آخر ، فقصد الربا بالبيع ، والتحييل بالنكاح والخنث بالخاتم ، بل المكره قد قصد دفع المظلم عن نفسه ، وهذا قصده التوصل إلى غرض ردىء فالحتم والمكره يشتركان في أنهما لم يقصدا بالسبب حكمه ولا باللفظ معناه ، وإنما قصدا التوصل بذلك اللفظ وبظاهر ذلك السبب إلى شيء آخر غير حكم السبب . ولما اقتص على ابن القيم بصحة الطلاق والنكاح والرجعة وغيرها من الهازل مع أن الهازل لم يقصد ، وجب لفظه وحكمه ، فكان ينبغي أن يجري عليه حكم المكره والمحتال . أجاب : المرجع السابق ٣ : ١٣٦ — « والفقهاء فيه أن الهازل آتى بالقول غير ملتزم لحكمه ، وترتيب الأحكام على الأسباب للشارع لا للعاقد ، فإذا آتى بالسبب لزمه حكمه شاء أم أبى ، لأن ذلك لا يقف على اختياره ، وذلك أن الهازل قاصد للقول مرید له مع علمه بمعناه وموجبه ، وقصد اللفظ المتضمن للمعنى قصد لذلك المعنى لتلازمهما ، إلا أن يعارضه قصد آخر كالمكره والخادع المحتال ، فأنهما قصداً شيئاً آخر غير معنى القول وموجبه ألا ترى أن المكره قصد دفع العذاب عن نفسه ولم يقصد السبب ابتداءً ، والحال قصد لعادتها إلى المطلق ، وذلك مناف لقصده موجب السبب ، وأما الهازل فقصد السبب ولم يقصد حكمه ولا ما ينافي حكمه فترتب عليه أثره » . ويقول الشاطبي رداً على هذا الاعتراض أيضاً . فاعل السبب في مسألتنا — كالهازل — قاصد أن يكون ما وضعه الشارع منتجاً من منتج . وما وضعه سبباً فعلة هنالعل أن يكون سبباً لا يكون له مسبب . وهذا ليس له ، فقصده عبث . =

الرأس الخامس : بطلان التحيل على أساس الشرط المنافي .

لقد اتفق الفقهاء على أن العاقدین إذا شرطاً ما ينافی مقتضى العقد ، أو مالا يحل شرعاً ، فإن الشرط حرام والعقد يبطل ، وقد وقف الشافعية والحنفية عند هذا الحد ، ولكن المالكية والحنابلة ساروا خطوة أبعد ، فقالوا : إن المتعاقدين إذا تواطأ على هذا الشرط ، وانفقا على ما لو أظهر اه في العقد لبطل ، فإن العقد يحكم ببطلانه إذا ظهر ذلك القصد ، وانضحت تلك النية بطريق من طرق الإثبات الشرعية . في حين أن الفريق الأول ، وهم الشافعية والحنفية ، لم يجوزوا إبطال العقد قضاء حتى إذا ثبتت النية غير المشروعة وظهر الاتفاق على الشرط المنافی للعقد . وذلك اعتماداً على الظاهر وسوف نفصل القول في ذلك عند الكلام على حكم التحيل .

الرأس السادس : دليل المنع من التحيل بالاستهزاء .

هناك نصوص شرعية يقطع مجموعها بالمنع من التحيل في الشريعة . ونحن نورد بعض هذه النصوص إذ لا يسعنا أن نأني على جميعها .

تختلف ما هو مذكور في قاعدة مقاصد الشارع، فإن فاعل السبب فيه قاصد لجعله سبباً لمسبب لم يجعله الشارع مسبباً له . ككنكاح الخجل عند القائل بمنعه ، فإنه قاصد بكنكاحه التحليل لغيره ، ولم يضع الشارع الكناح لهذا المسبب فقارن هذا القصد العقد فلم يكن سبباً شرعياً ، فلم يكن محلاً لا لنا كبح ولا للخجل له لأنه باطل . وحاصل الأمر أن أحدهما أخذ السبب على أنه ليس بسبب ، والآخر أخذه على أنه سبب لا ينتج فالأول لا ينتج له شيئاً ، والآخر ينتج له ، لأنه ليس بالإنتاج باختياره ولا عدمه . فهذا — الهازل — لم يخالف قصد الشارع في السبب من حيث هو سبب، ولكن زعم أنه لا يقع مسببه . وهذا كذب أو طمع في غير مطعم . والأول المحتمل — تعاطاة على أنه ليس بالسبب الموضوع للشارع فاعرف الفرق بينهما فإنه دقيق » الموافقات ج ١ ص ٢١٦ . ويقول أيضاً « والهازل كذلك ، لأنه قاصد لإيقاع السبب بلا شك وهو في السبب إما غير قاصد له بنص ولا لإثبات ، وإما قاصد أن لا يقع ، وعلى كل تقدير فينزومه المسبب شاء أم أبى . الموافقات ج ٢ ص ٣٣٠ .

١ — ما جاء في القرآن من نصوص خاصة بالمنافقين والمرائين^(١). فقد ذم الله هذين الفريقين وتوعدهم بالعقوبة وشنع عليهم . ويتمثل النفاق والرياء في أنهم أتوا قولاً أو عملاً ، للشارع منه قصد معين ، وهم يقصدون منه ما يناقض هذا القصد . فالمنافق ينطق بكلمة الشهادة لا يقصد بها الخضوع في الباطن والظاهر لله عز وجل ، وإنما يقصد بها صيانة ماله وحقق دمه ، والمنافق يأتي العبادة لا يقصد بها التوجه إلى الله الواحد المعبود ، ولا نيل الثواب في الآخرة ، وإنما قصده النيل من أوساخ الخلق أو من تعظيمهم ، أو غير ذلك من حظوظ الدنيا الفانية ومتعها الزائلة .

٢ — ما جاء في القرآن خاصاً بأصحاب الجنة الذين أقسموا أن يصرموا جنتهم بليل حتى يمانعوا الفقير حقه ، وكان شرعهم كان يجعل للفقراء حقاً إذا حضروا الجذاذ . وقد عاقبهم الله في الدنيا بإهلاك المال ، وعقوبة الآخرة أشد وأفسى ، والتحليل ومخالفة قصد الشارع ظاهرة في عملهم ، إذ أنهم ما قصدوا بالجذاذ في غيبة الفقراء مصلحة معينة يصح أن يقصدها الشارع ، وإنما انحصر قصدهم في حرمان الفقراء حقوقهم^(٢) .

٣ — ما جاء في القرآن في شأن أصحاب السبت الذين حرم عليهم الصيد في يوم السبت فحفروا حياًضاً تصلها قنوات بالبحر حتى تدخلها الحيتان يوم السبت ثم يحبسونها حتى يصيدوها في الأيام الجائز فيها الاصطياد . وقد كان عقابهم بالمسخ وهو أشنع العقوبات^(٣) . والتحليل واضح في فعلهم ، إذ أنهم ما قصدوا بالحفر مصلحة شرعية ، بل كان قصدهم التحليل على فعل المنهى عنه .

٤ — ما جاء في القرآن من النهي عن إمساك المرأة برجعها قصداً إلى الإضرار بها^(٤) ، فقد كان الزوج يطلق المرأة ويتركها حتى تشارف انقضاء

(١) الآيات ٧ — ٢٠ ، ٢٦٤ سورة البقرة .

(٢) الآيات ١٧ — ٣٣ سورة القلم .

(٣) الآيات ١٦٢ — ١٦٨ سورة الأعراف .

(٤) الآية ٢٣١ سورة البقرة .

العدة ، ثم يرتجعها ثم يطلقها حتى تشارف العدة ثم يرتجعها وهكذا ولا قصد له سوى الإضرار بها . والتحليل ظاهر إذ الرجعة شرعت لاستدامة العشرة بالمعروف وعودة المودة والرحمة بين الزوجين وهو لم يقصد بها ذلك ، بل قصد المضارة ، بخالف قصده قصد الشارع ولم يكن فعله تحصيلا للمصلحة التي تقررت الرجعة لتحصيلها . فالرجعة مشروعة لمصلحة فقصد بها غير تلك المصلحة .

هـ — ما جاء في القرآن من اشتراط أن تكون الوصية بغير قصد الإضرار بالورثة بأن يوصى بأكثر من الثلث أو لوارث لحرمان وارث آخر^(١) . فحق الإيصاء مقرر لمصلحة هي تدارك ما فات الإنسان في الدنيا من أعمال الخير وهذا يتأتى بالثلث لغير وارث فإذا كان على غير ذلك فقد قرر الشارع أن الوصية إضرار بالورثة . والفرق بين هذا المثال والأمثلة المتقدمة أن الشارع وضع قرينة على قصد الإضرار لا تقبل إثبات العكس . هذه القرينة هي الوصية بأزيد من الثلث أو لوارث . فهي إضرار بنص الشرع وإن لم يقصد الموصى إضرارا بأحد إذ هي إضرار في الواقع ونفس الأمر . وهذا لا يمنع أن الوصية في هذه الحدود قد تكون إضرار إذا لم يكن قصد الموصى من الوصية تحقيق مصلحة شرعية وإنما قصد عقوبة الورثة بالحرمان دون ذنب جنوه .

نهوض السنة على منع النخيل :

١ — ما جاء في السنة من النهي عن جمع المتفرق وتفريق المجتمع خشية الصدقة ذلك أن الجمع والتفريق جائزان إذا قصد الخليطان مصلحة مشروعة لذلك الفعل . أما إذا كان ذلك الفعل لم يقصد به إلا إسقاط الزكاة الواجبة

(١) الآية ١٢ من سورة البقرة .

أو تقليلها فإن هذا القصد يبطل لأن ما خالف قصد الشارع حرام باطل لا أثر له .

٢ - ما جاء في السنة من تحذير المسلمين من فعل اليهود الذين استحلوا محارم الله بأذى الخيل . فقد حرم الله عليهم الشحوم فجملوها وباعوها وأكلوا أثمانها . وقد لعن الله اليهود بسبب فعلهم هذا ، ذلك أن المصلحة المفهومة من النهي عن الشحوم هي عدم الانتفاع بها وذلك يشمل الانتفاع بالثمن ، وهم قد أغفلوا هذا المعنى واعتبروا ظاهر النص لا قصداً إلى الوقوف عندما حده الشارع مما لم تعلم مصلحته على الخصوص وإنما بقصد الحصول على المال الذي هو معبودهم المقدس فكيف تطيب نفوسهم بترك الشحوم دون استفادة؟ (١) .

٣ - ما جاء في السنة من لعن المحلل والمحلل له ، والراشئ والمرثئ وحرمة بيع العينة ، وهديّة المديان ، وغلول الأمراء ، والبيع والسلف (٢) . ومخالفة قصد الشارع فيها واضحة إذ القاصد من الزواج حل الزوجة لزوجها لم يوافق قصده قصد الشارع دوام العشرة بين الزوجين ، والراشئ والمرثئ والغال في إمارته ، ومهدى دائته لم يقصد واحد منهم بدفع المال مقصداً شرعياً كالقصد من الهدية والصدقة وإعانة المحتاج ابتغاء وجه الله عز وجل ، وإنما قصد الراشئ إفساد ذمة المرثئ والتوصل إلى ما ليس من حقه . وغلول الأمراء فيه نفس المعنى ، والمدين الذي يهدى دائته على غير العادة لا يقصد صلته وبره بالهدية بل يقصد إعطائه فائدة على قرضه .

(١) الموافقات ج ٢ ص : ٢٧٨ .

(٢) المرجع السابق . ج ٢ ص ٢٧٨ .

المطلب الثالث

حكم التحيل

في هذا المطلب نبين حكم التحيل أولاً ، ونزد شهة لصاحب رسالة
ضوابط المصلحة ثانياً .

أولاً — حكم التحيل :

يقرر الشاطبي أن الحيل بالمعنى الذى قرره غير مشروعة ، والفعل
المتحيل به غير صحيح فيقول : « الحيل فى الدين بالمعنى المذكور غير مشروعة
فى الجملة . . . » ، فإذا كان الأمر فى ظاهره وباطنه على أصل المشروعية فلا
إشكال ، وإن كان الظاهر موافقاً ، والمصلحة مخالفة ، فالفعل غير صحيح ،
وغير مشروع ، (١) .

وعلى هذا فإن الفعل المتحيل به على ما لا يجوز ، غير مشروع فى الباطن
بينه وبين الله تعالى ، وغير صحيح ، ولا يترتب عليه أثر فى أحكام الدنيا ،
إذا قامت الأدلة على القصد المحرم ، والباعث غير المشروع .

وعلى هذا ، فإن واهب النصاب قبيل الحول يقصد الفرار من الزكاة ،
تحرم هيبته ، وتبطل إذا ثبت بإقراره ، أو بالقرائن ، أنه إنما وهب النصاب
بقصد الفرار من هذا الواجب .

وبالمثل فإن النكاح بقصد التحليل حرام بين الناكح وبين ربه ، وهو
نكاح باطل إذا ثبت هذا القصد ، وظهرت تلك النية .

وهذا هو مجال الخلاف بين أصحاب النظرية المادية ، والنظرية الذاتية
من الفقهاء . فالماكية والخنابلة يبطلون الفعل الذى قصد به الفاعل قصداً

غير مشروع إذا قامت الدلائل على هذا القصد . أما الشافعية والحنفية فإنهم وإن وافقوا هذا الفريق في أن القصد إلى إبطال الحقوق وإسقاط الواجبات ، وغير ذلك من النيات المحرمة والمقاصد غير المشروعة محرم ، إلا أن العقد أو التصرف لا يبطل ، بل يترتب عليه أثره ، ويحكم بصحته قضاء ؛ ولو ثبت قصد الفاعل غير المشروع ، أو نيته المحرمة ، ما لم يكن العاقد قد أظهر هذا القصد أو تلك النية في العقد نفسه ، بحيث كانت داخلة في صلب التصرف ، ومعبراً عنها فيه .

ثانياً : رد شبهة صاحب رسالته ضوابط المصلحة :

ادعى صاحب رسالة ضوابط المصلحة (١) أن أحداً من الأئمة لم يقل ببطولان العقد قضاء إذا ثبت أن العاقد قد قصد به المحرم ، وأن الكل متفق على أن العقد متى توافرت شروطه وأركانه فإنه لا يبطل بالقصد المحرم والباعث غير المشروع ، وإن ظهر هذا القصد ، وثبت ذلك الباعث . ورعى ابن القيم بالتناقض والاضطراب لأنه يقرر بطلان التصرف بالقصد الفاسد والباعث المحرم . فقال : « إن ابن القيم في كلامه عن القصد وأثرها في الأحكام مشى على أساس مضطرب ونسق غير واضح فقد خلط بين الصحة في معناها القضائي والصحة بمعناها الخاص بين العبد والله تعالى ، وهما معنيان مختلفان . لجاء كلامه بسبب ذلك مناقضاً لبعضه في ذلك ، ومن ثم جاء كلامه بعد ذلك في الخيل مطبوعاً بنفس هذا التناقض ، (٢) »

وسبب هذا التناقض والاضطراب والخلط في كلام ابن القيم في نظر هذا الباحث يرجع إلى ما يأتي :

أولاً : أن ابن القيم يرى أن القصد في العقود معتبرة ، وأن النيات

(١) هو الأستاذ محمد سعيد رمضان .

(٢) ضوابط المصلحة ص ٢٢٢ .

تؤثر في صحة العقد وفساده . والزميل لا يوافق على أن للقصد دخلاً في صحة العقد أو فسادَه قضاء وإن أثر ديانة . ويدعى ، أن أحداً لم يقل بأن المشتري إذا اشترى السلعة من البائع وهو قاصد استعمالها في محرم فالعقد باطل وعلى البائع أن يسترد سلعته ويعطيه الثمن ، بل الكل متفق على أنه عقد صحيح ما دامت أركانه وشروطه كاملة متوافرة ، ثم استدل على هذا الإجماع الذي ادعاه بأن النووي الشافعي يقول ، فرع : بيع إناء الذهب أو الفضة صحيح قطعاً لأن المقصود عين الذهب والفضة ،^(١) .

والواقع أن ما قاله الزميل تهجم لا مبرر له . فإن لابن القيم أن يرى ما يظهر له من أدلة الشرع ونصوصه وليس يرد عليه بأن أحداً لم يقل بقوله ، وإنما ينقد أدلته وتفنيده حججه . فإذا رأى باجتهاده أن قصد الربا من البيع في بيع العينة أو التحليل في عقد الزواج يبطل العقد قضاء متى ظهر ذلك القصد وثبت شرعاً فلا محل للهجوم عليه بأن الكل متفق على خلاف قوله . وليست هذه طريقة علمية في البحث والنقد خصوصاً ممن يتصدى لبحث يعد حجة في موضوعه .

هذا إذا فرضنا أن ابن القيم قال بدعاً لم يقل به أحد من المجتهدين قبله . والحقيقة أن الفقهاء يجمعون على أن القصد الفاسد والباعث غير المشروع يبطل التصرف والعقد ، وإنما اختلف الفقهاء بعد ذلك ، فبينما يضيق الشافعية والخنفية مجال إبطال العقود والتصرفات لعدم مشروعية الباعث عن طريق اشتراط كون هذا الباعث غير المشروع جزءاً من الإرادة الظاهرة ومذكوراً في صلب العقد ، يوسع المالكية والحنابلة مجال إبطال التصرفات لعدم مشروعية الباعث عليها ، عن طريق عدم اشتراط ذكر القصد المحرم والباعث غير المشروع في صلب العقد ؛ بل يقتصررون على الوقوف عند

علم الطرف الآخر بهذا الباعث المحرم أو القصد غير المشروع ، ويرون في هذا العلم ضمناً كافياً لاستقرار التعامل ، (١).

وأنا لأدري من أين أتى هذا الزميل بدعوى ، أن أحداً لم يقل ببطلان التصرف قضاء إذا كان الباعث إليه غير مشروع ، وإن السكك متفق على أنه عقد صحيح مادامت أركانه وشروطه كاملة متوافرة ، (٢) ونحن نقول لك نصوص الفقهاء القائلين ببطلان العقد بسبب القصد الحرام والباعث غير المشروع الذي لم يذكر في العقد ، فقد جاء في المغني ، :

« وبيع العصير ممن يتخذ خمرًا باطل . وجملة ذلك أن يبيع العصير لمن يعتقد أنه يتخذ خمرًا حرام ... إذ اثبت هذا فإنما يحرم بيع العصير ويبطل إذا علم البائع قصد المشتري ذلك ، إما بقوله وإما بقرائن مختصة به تدل على ذلك ، فأما إن كان الأمر محتملاً ، مثل أن يشتريها من لا يعلم حاله ، أو من يعمل الخمر والخل معاً ، ولم يلفظ بما يدل على إرادة الخمر ؛ فالبيع جائز وهكذا الحكم في محل ما يقصد به الحرام كبيع السلاح لأهل الحرب . أو لقطاع الطريق أو في الفتنة ويبيع الأمانة للغناء أو إيجارها كذلك . أو لإجارة دار لبيع الخمر فيها أو لتتخذ كنيسة أو بيت نار وأشبه ذلك . فهذا حرام والعقد باطل ... وقد نص أحمد رحمه الله على مسائل نهى بها على ذلك فقال في القصاب والخباز إذا علم أن من يشتري منه يدعو عليه من يشرب المسكر ، لا يبيعه ، ومن يختلط الأقداح لا يبيعه لمن يشرب فيها ، ونهى عن بيع الديباج للرجال ، ولا بأس ببيعه للنساء ، وروى عنه لا يبيع الجوز من الصبيان للفرار ، وعلى قياسه البيض ، فيكون بيع ذلك كله باطلاً (٣) .

(١) انظر رسالة التعبير عن الإرادة للدكتور وحيد سوار ص ٥٣٠ .

(٢) رسالة ضوابط المصلحة ص ٢٢٠ .

(٣) المغني ج ٤ ص ٢٨٣ — ص ٢٨٥ .

وجاء في الفروع (١) :

« ولا يصح بيع ما قصد به الحرام كعصير لمتخذه خمرأ قطعاً .. وسلاحاً في فتنه .. وما كول وشحوم لمن يشرب عليهما المسكر ، وأقداح لمن يشرب فيها ، وجوزقار ، وأمر دلو اطىء دبر . . . »

وجاء في الخطاب : « بيع العنب لمن يعصره خمرأ ، وبيع ثياب الحرير من يلبسها غير جائز » (٢) .

ففي هذين المذهبين القصد والنية يؤثران في صحة العقد أو فسادة قضاء وإنما يشترط أن يكون العاقد الآخر قد قصد ذلك أيضاً ، أو على علم بقصد العاقد الآخر ، وتبقى بعد ذلك مسألة الإثبات لهذا القصد وفيها تطبق قواعد الإثبات . فقد يعترف المتعاقدان بقصدهما غير المشروع ، وقد تقوم قرائن تقطع بهذا القصد (٣) .

ولعل هذا الباحث اعتمد فيما قال على مذهب الشافعي وأبي حنيفة رضي الله عنهما فقال ما قال من أن أحداً لم يقل ببطالان العقد بسبب القصد غير المشروع وأن السكل قائل بالصحة . فالنظرية التي قال بها فقهاء هذين المذهبين لا تعتد بالبائع غير المشروع في بطلان التصرف إلا إذا كان المذكوراً في العقد فإذا لم يفصح العاقدان عن قصدهما المحرم فإن العقد يبقى صحيحاً فقد جاء في البدائع :

(١) الفروع ٢ : ١٧١ .

(٢) شرح الخطاب ج ٤ ص ٢٦٣ - ٢٦٤ ، ص ٢٦٧ . انظر أيضاً الدونة

السكبرى ج ١١ ص ٦٢ - ٦٩ .

(٣) يقول الدكتور وحيد سوار « يعتد المالكية - شأنهم في ذلك شأن المذهب الحنفي بالبائع ولو لم يذكر في صلب العقد ، ولا يميزون تبعاً لذلك بين أرض بقصد بناء كنيسة أو بين خشب بقصد صنع صليب ، أو شراء عبد بقصد أن يكون مغنياً . التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي ص ٥٣٦ . »

« فإن تزوجت بزواج آخر ومن نيتها التحليل ، فإن لم يشترط ذلك بالقول ، وإنما نويها ، ودخل بها على هذه النية ، حلت للأول في قولهم جميعاً ، لأن وجود النية في المعاملات غير معتبر ، فوقع النكاح صحيحاً ، لاستجماع شرائط الصحة ، فتحل الأول . كما لو نويها التوقيت وماتت المعاني الفاسدة ، (١) .

وجاء في البدائع أيضاً :

« غير أن الذمي إن استأجر داراً من مسلم في المهر فأراد أن يتخذها مصلًى للعامة ويضرب فيها الأقوس ، له ذلك ... هذا إذا لم يشترط ذلك في العقد ، فأما إذا شرط بأن استأجر ذمي داراً من مسلم في مهر من أمصار المسلمين ليتخذها مصلًى للعامة ، لم تجز الإجارة لأنه استئجار على المعصية ، (٢) .

وجاء في الأم :

أصل ما أذهب إليه أن كل عقد كان صحيحاً في الظاهر ، لم أبطله بتهمة ولا بعادة بين المتبايعين ، وأجزته بهجة الظاهر ، وأكره لها النية إذا كانت النية لو أظهرت كانت تفسد البيع وكما أكره للرجل أن يشتري السيف على أن يقتل به ولا يحرم على بائعه أن يبيعه لمن يراه أن يقتل به ظلماً ، لأنه قد لا يقتل به ، ولا أفسد عليه هذا البيع . وكما أكره للرجل أن يبيع العنب لمن يراه أنه يعصره خمرأً ولا أفسد عليه البيع إذا باعه إياه ، لأنه باعه حلالاً . وقد يمكن ألا يجعله خمرأً أبداً . وفي صاحب السيف ألا يقتل به أحداً أبداً . ولو نكح رجل امرأة عقداً صحيحاً وهو ينوي ألا يمسكها إلا يوماً أو أقل أو أكثر ، لم أفسد النكاح وإنما أفسده أبداً بالعقد الفاسد (٣) .

(١) البدائع ج ٣ ص ١٨٧ - ص ١٨٨ . أنظر رد المحتار ج ٥ ص ٢٥٨ .

(٢) البدائع ج ٥ ص ٢٣٣ .

(٣) الأم ج ٣ ص ٦٥ .

ففي هذين المذهبين كما هو ظاهر من النصوص السابقة نجد أن القصد غير المشروع لا يبطل العقد قضاء إلا إذا ذكر ذلك القصد صراحة في العقد . وهذا يتفق مع ما يراه صاحب رسالة ضوابط المصلحة . ولكن ما كان يليق به وهو يقرر مسألة هامة في دين الله كهذه أن يذكر أن الإجماع قد انعقد على صحة العقد الذي قصد به الحرام مغفلاً مذهب المالكية والحنابلة القائلين بأن هذا القصد المحرم يبطل العقد قضاء ولو لم يذكر في العقد صراحة ما دام الدليل قد قام على ما قصده العاقدان من العقد .

بل إن الأحناف يعتدون بالبائع غير المشروع إذا أمكن استخلاصه من الظروف والملابسات المحيطة بالعقد وإن لم يذكره المتعاقدان صراحة في العقد ، فقد جاء في البدائع :

« وعلى هذا يخرج ما إذا باع رجل شيئاً فقدراً أو نسيئة ، وقبضه المشتري ، ولم ينقد ثمنه ، أنه لا يجوز لبائعه الأول أن يشتريه من مشتريه بأقل من ثمنه الذي باعه به عندنا ... لأن في هذا البيع شبهة الربا ... والشبهة في هذا الباب ملحقة بالحقيقة ، (١) .

فالكاساني يرى أن العقد باطل لأنه قصد به الربا وهذا القصد ليس مذكوراً في صلب العقد ولكن طبيعة الصفقة والظروف تدل على أنهما ما قصداه به إلا الربا المحرم . وهذا القصد اعتبر في إبطال التصرف دون أن يذكر في العقد بل كانت ظروف العقد هي القرينة على هذا القصد غير المشروع ولو أن هذه القرينة غير قاطعة (٢) .

(١) البدائع ج ٥ ص ١٩٨ .

(٢) الشافعي سار هنا على قاعدته وقال يجوز هذا العقد لأنه بيع استجمع شرائط جوازه وخلا من الشروط المفسدة لإياه فلم يحكم بفساده ، انظر البدائع ج ٥ ص ١٩٨ .

والمذهب الحنفى يعتد بالقصد غير المشروع فى طلاق الفار ولو لم يتلفظ به . فقد قال الأحناف إن طلاق الفار لا يعتد به فى حق ميراث الزوجة بالشروط التى ذكروها . ذلك أن قصد المطلق حرمان الزوجة من حقها فى الإرث وهو قصد غير مشروع فىبطل حكم الطلاق فيما يختص بهذه الجزئية بحيث تراث منه وينفذ الطلاق فى الأحكام الأخرى ، وهنا أيضاً لا يشترط أن يظهر قصد المطلق حرمان الزوجة صراحة ؛ بل إن هذا القصد مستفاد من الظروف المحيطة بالطلاق . فهو قد طلقها بائناً ، وهو طائع مختار ، وليس بناء على طلبها وقد كانت مستحقة للميراث من وقت الطلاق إلى وقت الوفاة من ذلك الموت . هذه الظروف تعد قرينة قطعية لا تقبل لإثبات العكس على أنه قصد الإضرار بها بهذا الطلاق .

قال الكسانى : « ... وإذا توافرت هذه الشروط لتحقق مظنة الفرار ومات المريض من مرضه ، وهى فى العدة ورثته .. وقال الشافعى لاثرت .. ولا عبرة بمظنة الفرار لأن أحكام الشريعة لا تناط بالنيات الخفية ، بل تناط بالأسباب الظاهرة ، (١) » .

وهنا يتبين أن أبا حنيفة أيضاً يعتد بالقصد المحرم والباعث غير المشروع ولو لم يذكر ذلك فى العقد بل وجدت قرائن ومظان تفيده . وإذن فلا يبقى لدعوى الزميل المذكورة أى سند . فكل المذاهب تعتد بالقصد غير المشروع والباعث المحرم جملة والخلاف إنما هو فى التفصيل .

« والفقه الإسلامى بهذا يعبر أصدق تعبير عن روح الشريعة الإسلامية باعتباره منبثقاً عن شريعة دينية سمحاء ، تعتد بالعوامل الخلقية والأدبية ، وتقف عند طهارة النوايا ونظافتها من عدم المشروعية . ورد المقاصد الفاسدة

والنوايا الخبيثة الدافعة إلى التصرفات على أصحابها ، وفي ذات الوقت ، فإن الفقه الإسلامى يحرص على استقرار المعاملات . والاعتماد على الظواهر ، باشتراطه فى الحكم ببطلان العقد الذى قصده المحرم أن يقصد ذلك الطرفان ، أو يقصده أحدهما ويعلم الآخر بقصده ، أو تقوم قرآن قاطعة على هذا القصد حتى لا يفاجأ أحد العاقدين بالعاقد الآخر يطلب من القضاء إبطال عقد كان يعتمدُ هو على صحته فى الظاهر . وبذلك يجمع الفقه الإسلامى بين الحرص على الأخلاق والفضيلة ويدعو إلى النوايا الصالحة ، ويحفظ العقود والتصرفات من الزلزلة وعدم الاستقرار ،^(١) .

ولقد أطلت فى هذا الموضوع لأن دعوى هذا الباحث تهدم أصلاً من أصول الفقه الإسلامى ، وتعد مغالطة وتقولاً على الفقهاء دون حجة أو سند . والغريب أن سيادته وهو يقرر هذه الدعوى العريضة وهى « أن أحداً لم يقل بأن القصد السيئ أو الباعث غير المشروع يؤثر فى العقد صحة أو بطلاناً ، حاكياً اتفاق الأئمة على ذلك ، لم يسند دعواه بنصوص تؤيد هذه الدعوى من كتب هؤلاء الأئمة بل إن ما أنى به سيادته هو عبارة الإمام النووى الشافعى فى المجموع وهى : « فرع بيع إناء الذهب أو الفضة صحيح قطعاً ، لأن المقصود عين الذهب والفضة ،^(٢) . وليس فى هذه العبارة كما ترى ما يفيد الإجماع على الحكم الذى تناولته .

هذا ، وقد اعترض صاحب رسالة ضوابط المصلحة على ابن القيم ورماه بالخلط من ناحية أخرى فقال : إنه خلط بين الصحة فى معناها القضائى والصحة بمعناها الخاص بين العبد والله تعالى وأنه أطلق عبارة الصحة والبطلان دون بيان للمقصود بها أهى الصحة قضاء أوديانة ، وأنه هو يمثل لأثر المقاصد فى

(١) التعبير عن الإرادة فى الفقه الإسلامى ص ٥٣ .

(٢) ضوابط المصلحة فى الشريعة الإسلامية ٢٢٠ .

الأحكام ذكر أحكاماً بين الإنسان وربه ، وليس عقداً ومعاملة بين فردين من الناس ، (١) .

والواقع أن كلام ابن القيم في هذه المسألة في غاية الدقة والوضوح والضبط . فقد قرر بهرارة أن النية والقصد يؤثران في صحة العقود وفسادها وحلها وحرمتها ، وهو يقصد بالصحة والفساد الحكم القضائي ، وبالحل والحرمة الحكم ديانة . كما قرر أيضاً أن القصد والنية يؤثران في التصرفات غير التعاقدية بالحل والحرمة . ولأنه ليس هنا عقد فلا محل للصحة والبطالان . وقد جاء هذا في العبارة التي نقلها الباحث واستدل بها على تناقض ابن القيم يقول ابن القيم :

« وقد تظاهرت أدلة الشرع وقواعده على أن القصد في العقود معتبرة ، وأنها تؤثر في صحة العقد وفساده ، وفي حله وحرمته ، بل أباع من ذلك ، وهي أنها تؤثر في الفعل الذي ليس بعقد أصلاً تحميلاً وتحريماً ، فيصير حلالاً تارة وحرماً تارة أخرى باختلاف النية والقصد » (٢) .

فعبارة ابن القيم في غاية الوضوح في أن القصد يؤثر في العقد صحة وفساداً وحلاً وحرمة . وأن الصحة والفساد يقصد بهما في الحكم والقضاء . بدليل ذكر الحل والحرمة بعد ذلك ، واقتصراره في الأفعال التي ليست بعقد على الحل والحرمة دون الصحة والفساد .

وأما أن ابن القيم ، وهو يتكلم على أثر القصد في أحكام العقود والتصرفات ، ذكر أحكاماً بين العبد والرب ، فذلك لاحظ فيه عليه ، فهو يقرر أن القصد لا يؤثر في العقد فقط ، بل وفي الفعل غير التعاقدى ، بالحل والحرمة فيقول : « بل أبلغ من ذلك وهي أنها تؤثر في الفعل الذي

(١) ضوابط المصاحبة ص ٢٢٢ .

(٢) أعلام الموقعين ٣ : ١٢١ ، نقله صاحب رسالة ضوابط المصاحبة ص ٢٢٠ .

ليس بعقد ، ولا أدرى مآرجه المواخذة على ابن القيم إذا تطرق إلى بيان أثر القصد في الفعل الذي ليس بعقد . وهل هذا يبطل دعوى ابن القيم أن القصد معتبر في صحة العقد وفساده قضاء أم ماذا ؟ .

والخلاصة أن أصحاب النظرية الذاتية من المالكية والحنابلة لا يقفون عند حد القول بأن القصد الفاسد والباعث غير المشروع على العقد محرم ، ولكنهم يسرون خطوة أبعد ، فيقررون أنه إذا ظهر ذلك القصد ، وثبت هذا الباعث من القرائن المحتقة بالعقد فإن العقد يبطل قضاء . في حين أن أصحاب النظرية الظاهرية من الشافعية والحنفية يكتفون بالقول بحرمة القصد الفاسد والباعث غير المشروع ، ولا يبطلون العقد إلا إذا ذكر ذلك القصد ، وظهر هذا الباعث في صلب العقد . وعلى هذا يتنزل حكم الفعل المتحيل به عند الفريقين . ولم يكن لصاحب رسالة ضوابط المصلحة أن يقرر الإجماع من كل الفقهاء على عدم تأثير القصد الفاسد في العقود والتصرفات قضاء .

الفرع الرابع

بعض تطبيقات أخرى لأصل اعتبار المآل

وفي هذا الفرع نبحث القواعد الاجتهادية الآتية :

أولاً : قاعدة إبقاء الحالة على ما وقعت عليه في مسائل الخلاف .

ثانياً : قاعدة تقييد الشخص في استعمال حقوقه .

ثالثاً : قاعدة جواز الإقدام على المصالح الضرورية أو الحاجة وإن

اعترضها بعض المناكر .

رابعاً : قاعدة تحقيق المناط الخاص .

أولاً - قاعدة إبقاء الحالة على ما وقعت عليه :

الأصل أن الفعل المخالف للشرع ، والذي يعد اعتداء على مصلحة

شرعية معتبرة يمنع منه الفاعل متى أمكن ذلك المنع قبل وصول المخالف إلى غايته ، وأنه إذا تم الفعل المخالف ، فإنه يقع باطلا لا يترتب عليه أى أثر من الآثار التى يترتبها الشارع على الفعل الموافق للشرع . إلا أنه إذا كان المنع من هذا الفعل المخالف يسبب للفاعل ضرراً أشد أو يفوت عليه مصلحة أهم من المصلحة التى قصد بالمنع من الفعل المحافظة عليها ، فإن المجتهد يفتى بعدم المنع من الفعل . وحديث البائل فى المسجد تنبيه على هذا المعنى ، فإن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بتركه حتى يتم بوله ، لأنه لو قطع بوله لنجست ثيابه ، ولحدث من ذلك داء فى بدنه ، فترجح تركه على ما فعل من المنهى عنه على قطعه بما يدخل عليه من الضرر ، وبأنه ينجس موضعين ، وإذا ترك فالذى ينجسه موضع واحد .

وكذلك فإن الفقيه يرتب على الفعل الذى وقع مخالفاً بعض الآثار ، إذا كان فى عدم الحكم بترتب هذه الآثار فوات مصالح أهم أو حدوث ضرر أكبر ، وقد وقع التنبيه على هذا فى حديث ترك تأسيس البيت على قواعد إبراهيم ، فإن الرسول عليه السلام امتنع عن هدمه وبناءه على قواعد إبراهيم ، جاعلاً جميع الأحكام مترتبة على أن هذا هو البيت ، مع أنه مؤسس على غير قواعد ، لأن فى هدمه ، أو الحكم بعدم جواز التوجه إليه ضرراً أشد ومفسدة أكبر وكذلك قوله عليه السلام : « أيما امرأة نسكت بغير ولى فنكاحها باطل باطل باطل » ، ثم قوله : « فإن دخل بها فلها المهر بما استحل منها » وهذا تصحيح للمنهى عنه من وجه ، ولذلك يقع فيه الميراث ويثبت النسب وتحرم به المصاهرة .

وفى تقرير هذه القاعدة يقول الشاطبى رضى الله عنه :

« ومن وافع منهياً عنه فقد يكون فيما يترتب عليه من الأحكام زائد على ما ينبغى بحكم التبعية لاجتماع الأصالة ، أو مؤد إلى أمر أشد عليه من مقتضى النهى ، فيترك وما فعل من ذلك ، أو نجيز ما وقع من الفساد على وجه يليق

بالعدل ، نظراً إلى أن ذلك الواقع واقع المكلف فيه دليلاً على الجملة ، وإن كان مرجوحاً فهو راجع بالنسبة إلى إبقاء الحالة على ما وقعت عليه ، لأن ذلك أولى من إزالتها مع دخول ضرر على الفاعل أشد من مقتضى النهي فيرجع الأمر إلى أن النهي كان دليلاً أقوى قبل الوقوع ، ودليل الجواز أقوى بعد الوقوع ، لما اقترن من القرائن المرجحة ... وهذا كله نظر إلى ما يقول إليه ترتب الحكم بالنقض والإبطال من إفضائه إلى مفسدة توازي مفسدة النهي أو تزيد ،^(١) .

والذي يجب التنبية إليه أن هذه القاعدة تطبق بقيد هو : أن يكون المخالف واقع دليلاً على الجملة ، وإن لم يكن هذا الدليل راجحاً في نظر المجتهد فهي ترجع إلى مسألة مراعاة الخلاف وأن ما يراه الفقيه باطلاً قبل الوقوع للأدلة التي رجحت في نظره ، يحكم بصحته من بعض الوجوه ويرتب عليه بعض الآثار ، ما دام الفاعل قد استند إلى دليل في الجملة ، ولو كان دليلاً في نظر غير المجتهد .

ومن فروع هذه القاعدة ما يأتي :

١ - النكاح الفاسد بسبب يرجع إلى الصداق تقع فيه الفرقة إذا عثر عليه قبل الدخول ، ولا تقع الفرقة بعد الدخول ، مراعاة لما يقتضيه بالدخول من الأمور التي ترجح جانب التصحيح .

٢ - الأصل أن يبيع المدير لا يجوز . ولا يمكن ماله كما رضى الله عنه يصحح هذا البيع ويرتب عليه آثاره ، إذا أعتق المشتري العبد ، ذلك لأن الحكم بالبطلان في هذه الحالة لا يحقق المصلحة التي شرع لتحقيقها ، وهي حماية حق العبد في العتق . بل إن القول بالبطلان يسبب ضرراً للعبد المدير إذ يمنع تبجيز العتق . وكذلك يصحح مالك العقد فيما تعلق به حق الغير إذا أسقط ذو الحق حقه . مع أن الأصل أن الإنسان غير مسلول على التصرف في ملك الغير دون إذن صاحب الحق .

٣ - تنفيذ تصرفات البغاة وأئمة الجور ، مع أن الأصل في تصرفاتهم البطلان لعدم الولاية ، قطعاً أو ظناً وهذا حكم يترتب الآثار على التصرف بعد وقوعه . وإن وجب الحكم ببطلان ذلك ابتداء ، وذلك لما في عدم إتمام هذه التصرفات من المفاسد الراجعة .

٤ - نفوذ قضاء من تولى القضاء من غير الإمام الشرعي . وفي ذلك يقول العز بن عبد السلام : « ولو استولى الكفار على إقليم عظيم فولوا القضاء لمن يقوم بمصالح المسلمين العامة ، فالذى يظهر إنفاذ ذلك كله ، جلباً للمصالح العامة ودفعاً للمفاسد الشاملة »^(١) . فهنا نجد الفقيه يحكم بنفاذ القضاء بعد وقوعه ، مع حكمه ببطلان تولية الكفار القضاء لمسلم ابتداء .

في كل هذه الفروع نجد أن الفعل أو العمل مخالف ، وكان الأصل ألا تترتب عليه آثاره ، ولكن لما كان في عدم ترتب هذه الآثار ضرر أشد ، قيل بترتب بعض هذه الآثار نظراً إلى الواقع . وفي هذا يقول العز بن عبد السلام « والذي أراه في ذلك أننا نصحح تصرفهم - الولاية الفسقة - الموافق للمحق ، مع عدم ولايتهم لضرورة الرعية ، كما نصحح تصرفات إمام البغاة ، مع عدم إمامته ، لأن ما ثبت للضرورة يقدر بقدرها ، والضرورة في خصوص تصرفاته ، فلا نحكم بصحة الولاية فيما عدا ذلك ، بخلاف الإمام العادل ، فإن ولايته قائمة في كل ما هو مفوض إلى الأئمة »^(٢) .

ثانياً - قاعدة تغيير الشخص في استعمال حقه :

و خلاصة هذه القاعدة أن المجتهد ينظر إلى مآل استعمال الشخص لحقه الذي قرره الشارع له فإذا تبين للمجتهد أن الشخص لم يستعمل حقه إلا لإضرار بغيره ، وذلك كما إذا كان يستطيع أن يستعمل حقه بطريقة لا تضر

(١) القواعد الكبرى ١ : ٧٣ .

(٢) المرجع السابق ١ : ٩١ .

أحداً ، ولكنه اختار هذه الطريقة بقصد الإضرار بغيره ، فإن المجتهد يحكم بالمنع من هذا الفعل عملاً بقاعدة اعتبار المسأل . أما إذا لم ينحصر استعمال الحق في قصد الإضرار بالغير ، بل كان الشخص قاصداً مصلحة نفسه من الفعل وصحب هذا القصد قصد الإضرار بالغير ، فإن على الفقيه أن يجري موازنة بين الحقين ، وذلك على أساس قوة المصالح التي تستعمل هذه الحقوق لحمايتها ، فيقدم مصلحة الجماعة في دفع الأضرار العامة على مصلحة الشخص في استعمال حقه ، ويقدم الحق الذي يستعمل لمحافظة على النفس على الحق الذي يستعمل لمحافظة على المال ، والمصلحة الحاجية على التجميعية وهكذا . كما تقدم في قاعدة الذرائع^(١).

ثالثاً — قاعدة الإقدام على المصالح الضرورية أو الحاجة وإن اعترض طريقها بعض المناكر :

ويمكن التمثيل لذلك بتعاطي البيع والشراء ، والتعامل مع الناس ، والإقدام على الزواج ، مع تعرض المسلم في كل هذه المعاملات لبعض المنكرات ، ووقوعه في الشبهات ، وذلك لما في ترك هذه المصالح الضرورية والحاجية من الفساد والضرر الذي يربو كثيراً على مصلحة التحرز من المنكرات ، واتقاء الشبهات ، وليعمل جهده في تحرى وجه الكسب المشروع وطريق العيش الحلال . أما أن يترك البيع والشراء والزواج والمعاملات حذراً من الوقوع في بعض المناكر التي عمت في الأسواق ، وبعداً عن بعض الشبهات في طرق الكسب ، فذلك لا يجوز لأنه ترك لمصلحة أصلية تشوفاً إلى حصول مصلحة كالية ، والمكمل إذا عاد على أصله بالبطلان لا يلتفت إليه كما سبق غير مرة . وفي ذلك يقول الشاطبي : « ومن هذا الأصل أيضاً تستمد قاعدة أخرى ، وهي أن الأمور الضرورية أو غيرها من الحاجة والتكميلية إذا اكتنفها من خارج أمور لا ترضى شرهاً

فإن الإقدام على جلب المصالح صحيح على شرط التحفظ بحسب الاستطاعة من غير حرج ، كالنكاح الذى يلزمه طلب قوت العيال مع ضيق طرق الحلال ، واتساع أوجه الحرام والشبهات ، وكثيراً ما يلجئ إلى الدخول فى الاكتساب لهم بما لا يجوز والسكنه غير مانع لما يؤول إليه التحرز من المفسدة المربية على توقع مفسدة التعرض . ولو اعتبر مثل هذا فى النكاح فى مثل زماننا لأدى إلى إبطال أصله . وذلك غير صحيح وكذلك طلب العلم إذا كان فى طريقه منكر يسمعها طالب العلم ، وشهود الجنائز ، وإقامة الوظائف الشرعية إذا لم يقدر على إقامتها إلا بمشاهدة ما لا يرتضى . فلا يخرج هذا العارض تلك الأمور عن أصولها ، لأنها أصول الدين وقواعد المصالح ، وهو المفهوم من مقاصد الشارع ، وهذه المسائل ، مثار اختلاف وتنازع ، وما ينقل عن السلف الصالح مما يخالف ذلك قضايا أعيان لا حجة فى مجردها حتى يقبل معناها فتصير إلى موافقة ما تقرر ، والخاص أنه مبنى على اعتبار مآلات الأفعال ، فاعتبارها لازم فى كل حكم على الإطلاق (١).

رابعا - قاعدة تخفيف المناط الخاص :

ومقتضاه أن الشارع حكم على أفعال المكلفين مطلقة ومقيدة ، وعلى المجتهد إذا عرضت عليه واقعة ، أن يطبق الحكم الشرعى الوارد فيها عن الشارع ، مع ملاحظة القيود أو الملابسات الخاصة بهذه الواقعة ، بحيث لا يحكم حكماً واحداً على هذه الواقعة ، فى جميع الظروف والحالات . وقد مثل الشاطبى لذلك بالزواج ، فإن الشارع قد حكم بأنه مطلوب فى الجملة ، فإذا سئل المجتهد عن حكم الزواج قال : إنه مطلوب طلب النذب ، وسكن إذا ابتغاه شخص معين ، فإنه ينظر إلى ظروفه الخاصة ، فإذا تبين له أن هذا الشخص يتحقق من الوقوع فى الفاحشة إذا لم يتزوج أفقاه بأن الزواج

واجب عليه ، وإذا تبين له أنه لا يخشى الوقوع في الزنا ، وهو غير قادر على نفقات الزواج ، أفاته بالمنع منه ، وهكذا أصل الحكم واحد ، وهو أن الزواج مطلوب طلب النذب ، ولكن يختلف تحقيق مناطه الخاص في الأفراد بحسب الظروف والملابسات التي تحيط بكل مكلف على حدة .

وفي بيان هذه القاعدة يقول الشاطبي رضى الله عنه : « وعلى الجملة فتحقيق المناط الخاص نظر في كل مكلف بالنسبة إلى ما وقع عليه من الدلائل التكليفية ... فهو - أى المجتهد - يحمل على كل نفس من أحكام النصوص ما يليق بها ، بناء على أن ذلك هو المقصود الشرعى في تلقى التكليف ، فكأنه يخص عموم المكلفين والتكاليف بهذا التحقيق » (١) .

ثم بعون الله الجزء الأول

ويليه الجزء الثانى فى الفقه الشافعى

الباب الثاني

نظرية المصلحة في الفقه الشافعي

الباب الثاني

نظرية المصلحة في الفقه الشافعي

لقد خصصت هذا الباب لدراسة نظرية المصلحة في الفقه الشافعي ، وعلى الرغم من أن الفقه الشافعي لم يشتهر عنه الاعتماد على المصالح المرسله كأصل من أصول التشريع ، إلا أننا سنجد أن أصول الشافعي نفسه تتسع للعمل بهذا النوع من المصالح ، كما أننا سنجد عدداً غير قليل من كتاب الأصول ينسبون إلى الشافعي نفسه القول بالمصالح المرسله ، وإن كانوا يحرصون على تأكيد أنه رضى الله عنه لا يرى الاحتجاج بمطلق المصلحة ، وإنما يشترط فيها شروطاً معينة تجعلها معتمدة على نصوص الشريعة ، وليست استحساناً مجرداً .

ولقد جاء الغزالي رضى الله عنه فوجد أن اصطلاح المصالح المرسله قد اشتهر عن المالكية ، فأولى هذا النوع من الاستدلال عناية فائقة ، وتحديث عنه بما لم يسبق إليه ، وتعرض له في كتبه الثلاثة : المنحول ، وشفاء الغليل ، والمستصفي ، مؤكداً أنه ليس أصلاً زائداً على المكتاب والسنة والإجماع والعقل ، وأن من عده أصلاً خامساً بعد هذه الأصول فقد أخطأ ، لأنه يرجع إلى مقاصد الشارع ، ومقاصد الشارع إنما تعرف من المكتاب والسنة والإجماع .

وقد رأيت أن أعرض هذه الدراسة في فصلين :

الفصل الأول : وفيه أعرض لمذهب الشافعي رضى الله عنه في الاستدلال المرسل ، كما يؤخذ من كتابات الأصوليين ، وكما يستنبط من فقه الشافعي نفسه ، وبما كتبه في رسالته الأصولية الشهيرة (١) . فأقدم الأدلة

(١) يعد الشافعي - بدون منازع - أول من وضع أصول الفقه وقواعد الاستنباط =

على اعتبار الشافعى لهذا النوع من الاستدلال وأحدد نوع المصالح التى

== فلقد كان الفقهاء قبله يجهلون فى فهم الشريعة ويستخرجون أحكام الحوادث من نصوص الكتاب والسنة ، وما اجتمع عليه أهل العلم ، ولم يجدوا فيه نصاً أخذوا حكمه استنباطاً ، ولم يكن بين أيديهم قواعد كلية ، ولا أصول ثابتة يرجعون لها ، ويحتكمون إليها فى هذا الفهم وذلك الاستنباط ، فجاء الشافعى رضى الله عنه فوضع لهم أصولاً يرجعون لها وقواعد يحتكمون إليها ، تلك هى أصول الفقه ، وقواعد الاستنباط .

يقول الفخر الرازى : « كانوا قبل الإمام الشافعى يتكلمون فى مسائل أصول الفقه ، ويستدلون ويعترضون ، ولكن ما كان لهم قانون كلّى مرجوع إليه فى معرفة دلائل الشريعة ، وفى كيفية معارضتها وترجيحاتها ، فاستنبط الشافعى علم أصول الفقه ، ووضع للحق قانوناً كلياً يرجع إليه فى معرفة مراتب أدلة الشرع ، فثبت أن نسبة الشافعى إلى علم الشرع كنسبة أرسطو إلى علم العقل . مناقب الشافعى للرازى ص ٥٧ . ويقول الزركشى فى كتاب البحر المحيط فى الأصول : « الشافعى أول من صنف فى أصول الفقه ، صنف فيه كتاب الرسالة ، وكتاب أحكام القرآن واختلاف الحديث وإبطال الاستحسان ، وكتاب جامع العلم ، وكتاب القياس » .

ولقد امتازت قواعد الأصول التى وضعها الشافعى بجزئين :

أولاهما : أنها لم تكن قواعد نظرية ، ولا فروضاً ذهنية ، كالذى نراه فى صميم كتاب الأصول الذين جاءوا من بعد الشافعى ، حيث أدخلوا فى أصول الفقه مسائل لا يبنى عليها فقه ، ولا يترتب على الخلاف فيها اختلاف فى الفرع . بل تعد دراستها اشتغالا بمباحث نظرية ليس لها ثمرة فعلية ، كمسألة ابتداء الوضع - ومسألة الإباحة أى تكليف أم لا ، ومسألة أمر المعدم ومسألة هل كان النبى صلى الله عليه وسلم يتعبد بشرع أم لا ، ومسألة لا تكليف إلا بفعل وغير ذلك من المسائل النظرية ، التى لا يترتب على الخلاف فيها عمل ، بل اتجه الشافعى اتجاهاً عملياً فى استخراج قواعد الفقه وأصول الاستنباط ، يؤصل القاعدة ويستدل عليها ، ثم يطبقها على الفروع ، ويرد إليها كثيراً من الجزئيات .

ثانيتهما : أن أصول الشافعى ليست قواعد ضابطة للفروع والجزئيات فى مذهبه دعت إليها نزعة مذهبية ؛ وأملت لها حاجة الدفاع عن الفروع ، بل هى أصول التزمها الشافعى فى اجتهاده وقيد بها نفسه فى الاستنباط ، يزن بها فقه مالك وآراء أهل العراق . فالقواعد عنده حكمة على الفقه وليست خاضعة له ، وفى هذا تختلف أصول الشافعى عن أصول الحنفية ، فأصول الحنفية قواعد لضبط الفروع التى رويت عن أبى حنيفة بقصد الدفاع عنها والتخريج عليها فهى أصول فقه أبى حنيفة ، وليست أصول الفقه . فالشافعى يستدل على القاعدة بالأصولية من نصوص الكتاب والسنة ، وما اجتمع عليه أهل العلم ، ثم يفرع عليها الفروع . أما كتاب الأصول الأحناف فيستنبطون القاعدة ويستدلون عليها من فقه أبى حنيفة والفروع المروية عنه ثم يخرجون على هذه الفروع مسترشدين بتلك القواعد .

يحتج بها عنده . وأخيراً أحاول التعرف على موقف الشافعي من قاعدة الذرائع التي اشتهر عن المالكية وخدم القول بها ، مع أن هذه القاعدة وثيقة الصلة بالمصالح ، وما هي في الواقع إلا طريقة للترجيح بين المصالح المتعارضة ؛ إذ قد رأينا أن حاصل هذه القاعدة يرجع إلى المنع من الفعل الذي شرع لمصلحة معينة ، إذا كان هذا الفعل قد اتخذ ذريعة إلى مفسدة مساوية لهذه المصلحة أو تزيد ، فهي قاعدة لازمة لكل من اعتبر المصالح في التشريع . وسوف نرى أن الشافعي رضى الله عنه يأخذ بهذه القاعدة ، وأنه يطبقها تطبيقاً مطرداً . فلا يفتح الذرائع إلى المفاسد قط ، بل يوصد كل أبواب الحرام ، وطرق الفساد .

الفصل الثاني : وأخصه لدراسة ما يمكن تسميته بنظرية الترجيح بين المقاصد الشرعية عند الغزالي ، وسوف نرى أن الغزالي يخرج من دراسة المصالح المرسله في كتبه الثلاثة بنظرية يعبر عنها بقوله : « وإذا فسرنا المصلحة بالمحافظة على مقصود الشرع ، فلا وجه للخلاف في اتباعها ، بل يجب القطع بكونها حجة . » وحيث ذكرنا خلافاً لذلك عند تعارض مصلحتين ومقصودين ، وعند ذلك يجب ترجيح الأقوى ، (١) . فالمصلحة عنده هي المحافظة على مقصود الشرع ، ومقصود الشرع إنما يعرف من الكتاب والسنة والإجماع ، ولذلك وجب القطع بكونها حجة عنده ، وإذا ثار خلاف ، فإنه يثور حول تطبيق هذا الأصل ، أو الترجيح بين المقاصد المتعارضة ، فالأصل ، وهو المحافظة على مقصود الشرع مقطوع به ، وتحقيق مناطه في الفروع والوقائع محل اجتهاد بين الفقهاء .

الفصل الأول

نظرية المصلحة في فقه الشافعي

وسوف أعرض نظرية المصلحة في الفقه الشافعي في مبحثين : أتكلم في أولهما على الاستدلال المرسل ، وفي ثانيهما على قاعدة سد الذرائع .

المبحث الأول

الاستدلال المرسل في الفقه الشافعي

وسوف أدرس رأى الشافعي في المصلحة المرسلة في فروع أربعة :

الفرع الأول : في بيان دخول المصلحة المرسلة في القياس عند الشافعي .

الفرع الثاني : في الأدلة على اعتبار الشافعي المصالح المرسلة في الاستدلال .

الفرع الثالث : علاقة المصلحة المرسلة بالنصوص عند الشافعي .

الفرع الرابع : عدم دخول المصلحة تحت الاستحسان الذي رده الشافعي .

الفرع الأول : إثبات أن القياس عند الشافعي يشمل المصلحة المرسلة .

وسوف أقسم هذا الفرع إلى المطالب الآتية :

المطلب الأول : بيان أصول الاستدلال عند الشافعي جملة .

المطلب الثاني : معنى القياس عند الشافعي .

المطلب الثالث : بيان وجه شمول القياس للمصلحة المرسلة .

المطلب الأول

بيان أصول الاستدلال عند الشافعى جملة

لم يذكر الشافعى المصلحة المرسله ضمن أدلة الفقه التى اعتمد عليها فى الاستنباط ؛ إذ أن أصول الفقه عنده الإجماع والخبر اللازم من الكتاب والسنة ، منهما يؤخذ الفقه ، وإليهما يرجع المجتهد فى الاستنباط ، إن دلا بلفظهما على الحكم كان الحكم مستفاداً من النص ، وإن دلا عليه بمعقولهما كان الحكم ثابتاً بالاجتهاد ، والاجتهاد عنده نوع واحد هو القياس .

ولسكن الدارس للاجتهاد فى كلام الشافعى يرى أنه شامل للمصلحة الملائمة لجنس تصرفات الشرع ، ما دامت هذه الملائمة لا تعرف إلا من نصوص الشرع . والشافعى - كما سئرى - إنما يحرص على أن يكون مرجع المجتهد النص الشرعى ، يأخذ الحكم من لفظه أو من معقوله بطريق القياس . وقد رأينا أن الاستدلال بالمصلحة لا يعدو استنباط الحكم من معقول جملة نصوص شرعية ، تشهد لجنس المصلحة بالاعتبار .

وقبل أن نبين معنى القياس عند الشافعى ، وما إذا كان مدلوله يتسع لدخول المصالح الملائمة ، يحسن بنا أن ننبه إلى مقدمتين لاغنى عنهما فى هذا الخصوص ؛ إذ بهما يقف الباحث على أصول الاستدلال عند الشافعى رضى الله عنه .

المقدمة الأولى . كمال الشريعة ووفاء نصوصها بأحكام الوقائع .

حرص الشافعى رضى الله عنه ، على تأكيد حقيقة آمن بها ، وكانت هى المنار الذى اهتدى به فى كل اجتهداته ، هذه الحقيقة هى أن نصوص الشريعة وافية بحكم كل ما يقع من الحوادث ويجد من الوقائع ، فليست هناك واقعة تجد إلا وفيها نص من كتاب أو سنة يستدل به على حكم الله

فيها . غير أن هذا الحكم قد يؤخذ من لفظ النص ، أو من معقوله بطريق القياس .

يقول الشافعي : « فليست تنزل بأحد من أهل دين الله نازلة إلا وفي كتاب الله الدليل على سبيل الهدى فيها » (١) .

ويقول (٢) : « كل ما نزل بمسلم ففيه حكم لازم ، أو على سبيل الحق فيه دلالة موجودة ، وعليه إذا كان فيه بعينه حكم اتباعه ، وإذا لم يكن فيه بعينه ، طلب الدلالة على سبيل الحق فيه بالاجتهاد ، والاجتهاد القياس » .

ويقول (٣) : « وليس يؤمر أحد أن يحكم بحق إلا وقد علم الحق ، ولا يكون الحق معلوماً إلا عن الله نصاً أو دلالة من الله ، فقد جعل الله الحق في كتابه ثم سنة نبيه صلى الله عليه وسلم فليست تنزل بأحد نازلة إلا والكتاب ينص عليها نصاً أو جملة . . . فإن قال قائل : رأيت ما لم يمض فيه كتاب ولا سنة ولا يوجد الناس اجتمعوا عليه فأمرت بأن يؤخذ قياساً على كتاب أو سنة أيقال لهذا قيل عن الله ؟ قيل نعم ، قيلت جملته عن الله ، فإن قيل ما جملته ؟ قيل الاجتهاد فيه على الكتاب والسنة » .

ويقول (٤) : « والحق فيما أمر الله ورسوله باتباعه ، ودل الله ورسوله عليه نصاً أو استنباطاً بدلائل » .

فهذه النصوص تبين ، أن الشافعي رضي الله عنه يرى أن كل حادثة

(١) الرسالة ٢٠ : ٤٨ ، ثم أخذ بعدد الآيات التي تثبت هذه الدعوى : مثل قوله تعالى « كتاب أنزلناه إليك لتخرج الناس من الظلمات إلى النور بإذن ربهم إلى صراط العزيز الحميد » ، « وأنزلنا إليك الذكر » ، « وأنزلنا عليك الكتاب تبياناً لكل شيء » ، « ولكن جملناه ، نوراً نهدى به من نشاء من عبادنا » .

(٢) الرسالة ٤٧٧ : ١٣٢٦ .

(٣) الأم ٧ : ٧ : ٢٧١ .

(٤) المرجع السابق ٧ : ٢٧٤ .

تقع لمسلم في كتاب الله وسنة نبيه دليل على حكمها ، إما نصاً ، أو استنباطاً من معقول نص بطريق القياس .

المقدمة الثانية : وإذا كانت نصوص الكتاب والسنة كافية في بيان حكم الوقائع والنوازل نصاً أو حملاً على نص ، فعلى المجتهد ، إذا أراد أن يتعرف على حكم واقعة نزلت ، أن يرجع إلى النصوص ولا يلجأ لشيء وإها ، فلا يستحسن برأيه ، ولا يقول في دين الله من غير اجتهاد ، فإذا وجد حكم الواقعة نصاً في الكتاب والسنة فعليه اتباعه ، وإذا لم يجد نصاً ، فعليه أن يجتهد في التعرف عليه ، وذلك بالحمل والقياس على النص ، وهو في كل حالة واجد لا محالة نصاً يمكن أخذ حكم الواقعة من معقوله ومعناه إذا لم يكن من لفظه وصيغته .

يقول الشافعي : « ليس لأحد أبدأ أن يقول في شيء : حل أو حرم ، إلا من جهة العلم ، وجهة العلم الخبر في الكتاب أو السنة أو الإجماع أو القياس ، (١) .

ويقول : « والقياس ما طلب بالدلائل على موافقة الخبر المتقدم ، في الكتاب أو السنة ، لأنهما علم الحق المفترض طلبه ، كطلب ما وصفت قبله من القبلة والعدل والمثل » (٢) .

ويقول (٣) : « والاجتهاد لا يكون إلا على مطلوب ، والمطلوب لا يكون أبدأ إلا على عين قائمة تطلب بدلالة يقصد بها إليها ، أو تشبيه على عين قائمة ، وهذا يبين أن حراماً على أحد أن يقول بالاستحسان ، إذا خالف الخبر الاستحسان . والخبر من الكتاب والسنة عين يتأخى معناها المجتهد ليصيبه ،

(١) الرسالة ٣٩ : ١٢ .

(٢) المرجع السابق ٤٠ : ١٢٢ .

(٣) المرجع السابق ٥٠٣ : ١٤٥٦ .

كما البيت يتوخاه من غاب عنه ليصيبه. أو قصده بالقياس، وأن ليس لأحد أن يقول إلا من جهة الاجتهاد، والاجتهاد ما وصفت من طلب الحق. فهل تجيز أنت أن يقول الرجل: أستحسن، بغير قياس: فقلت لا يجوز هذا عندي - والله أعلم - لأحد، وإنما كان لأهل العلم أن يقولوا دون غيرهم، لأن يقولوا في الخبر باتباعه فيما ليس فيه الخبر بالقياس على الخبر.. وإن القول بغير خبر ولا قياس لغير جائز بما ذكرت من كتاب الله وسنة رسوله.

ويقول (١): «فالاكتفاء أبداً لا يكون إلا على طلب شيء، وطلب الشيء لا يكون إلا بدلائل، والدلائل هي القياس».

ويقول (٢): «وإذا كان هذا هكذا كان على العالم ألا يقول إلا من جهة العلم، وجهة العلم الخبر اللازم، بالقياس بالدلائل على الصواب، حتى يكون صاحب العلم متبعاً خبراً وطالب الخبر بالقياس، كما يكون متبع البيت بالعيان وطالب قصده بالاستدلال بالإعلام مجتهداً... ولو قال بلا خبر لازم ولا قياس كان أقرب من الإثم من الذي قال وهو غير عالم، وكان القول لغير أهل العلم جائزاً... ولم يجعل الله لأحد بعد رسول الله أن يقول إلا من جهة علم مضى قبله، وجهة العلم بعد الكتاب والسنة والإجماع، ما وصفت من القياس عليها».

فهذا الكلام يدل على أمور:

١ - ليس لأحد أن يقول في دين الله، حلاله وحرامه، إلا من جهة العلم، وجهة العلم الخبر من الكتاب أو السنة، أو الإجماع، أو القياس على واحد منها.

(١) الرسالة ٥٠٥ : ١٤٦٠ .

(٢) المرجع السابق ٥٠٧ : ١٤٦٦ .

٢ - أن الاجتهاد فيما ليس فيه الخبر ، بالقياس على الخبر ، اتباع لهذا الخبر وإعمال للنص ، وليس شيئاً خارجاً عن الكتاب والسنة . ولهذا يقول « وإنما كان لأهل العلم أن يقولوا دون غيرهم ، لأن يقولوا في الخبر باتباعه فيما ليس فيه الخبر بالقياس على الخبر » .

وإذا كان استنباط الحكم فيما ليس فيه خبر ، اتباعاً لهذا الخبر ، وأخذاً للحكم من معقوله ، فإنه يقال إن الحكم المستنبط بالقياس على الخبر حكم قيل عن الله عز وجل ، يقول الشافعي : « فإن قيل أرأيت ما لم يمتض فيه كتاب ولا سنة ولا يوجد الناس اجتماعوا عليه ، فأمرت أن يؤخذ قياساً على كتاب أو سنة ، أيقال لهذا قيل عن الله ؟ قيل : نعم قيلت جملته ، فإن قيل ما جملته ، قيل الاجتهاد فيه على الكتاب والسنة » .

٣ - ليست هناك طريقة لمعرفة حكم الشرع في واقعة غير الخبر في الكتاب أو السنة ، وما اجتمع الناس عليه ، أو الحمل والقياس على واحد منها . فالاجتهاد والقياس عند الشافعي بمعنى واحد ، فإذا لم يكن الحكم منصوصاً عليه ، فليس هناك من طريق لمعرفة إلا الاجتهاد بطريق القياس على النص ، فإذا ما توصل المجتهد إلى معرفة هذا الحكم كان متبعاً للنص أو مطبقاً له ، وليس حاكماً برأيه ، ولا مفتياً على غير مثال سبق .

٤ - أن الغاية المطلوبة بالقياس هي الوصول إلى الخبر ، والمجتهد إذا لم يجد الحكم نصاً في الخبر ، فهو واجده قطعاً في معنى الخبر ومعقوله ، وفرض أن تقع الواقعة ولا يجد الفقيه حكمها في الخبر نصاً ولا استنباطاً فرض مستحيل في نظر الشافعي ، وذلك لأنه يترتب عليه الخلف في خبر الله عز وجل القائل « تبياناً لكل شيء » ، « ما فرطنا في الكتاب من شيء » ، « أيحسب الإنسان أن يترك سدى » .

فالعقل لا مدخل له في الاستقلال بالتشريع ، وإنما هو من الدلائل

التي يسترشد بها المجتهد في الوصول إلى العين القائمة التي يتوخى معرفتها بالقياس .

هـ - أن الفقيه الذي يتصدى لبيان حلال الله وحرامه ، لابد أن يؤيد فتواه بالخبر نص كتاب أو سنة ، وأن يوضح أنه أخذ حكم النازلة من لفظ هذا الخبر نصاً ، أو من معقوله قياساً واستنباطاً ، أما إرسال الفتوى دون إبداء هذا النص فهو قول بالرأى وتشريع بالهوى . يقول الشافعي : « وإنما الاستحسان تلمذ ، » .

وبعد هاتين المقدمتين نبدأ في بيان معنى القياس عند الشافعي رضي الله عنه ، حتى يتسنى لنا أن نعرف ما إذا كان معنى القياس يسع القول بالمصلحة الملائمة أم يقصر عنها .

المطلب الثاني

معنى القياس عند الشافعي

يقول الشافعي رضي الله عنه (١) : « كل حكم لله أو لرسوله وجدت عليه دلالة فيه أو في غيره من أحكام الله أو رسوله ، بأنه حكم به لمعنى من المعاني ، فنزلت نازلة ليس فيها نص حكم حكم فيها حكم النازلة المحكوم فيها ، إذا كانت في معناها ، » .

ويقول (٢) : « ما عدا النص من الكتاب والسنة فكان في معناه فهو قياس ، » .

ويقول (٣) : « القياس ما طلب بالدلائل على موافقة الخبر المتقدم ، من الكتاب أو السنة ، لأنهما علم الحق المفترض طلبه »

(١) الرسالة ٥١٣ .

(٢) الرسالة ٥١٦ ،

(٣) المرجع السابق ٤٠ ، ١٢٢ ، ١٢٣ ، ١٢٤ .

وموافقته تكون على وجهين :

أحدهما : أن يكون الله أو رسوله حرم الشيء منصوصاً أو أحله لمعنى ، فإذا وجدنا ما فى مثل ذلك المعنى ، فيما لم ينص فيه بعينه كتاب ولا سنة أحلناه أو حرمناه لأنه فى معنى الحلال والحرام .

أو نجد الشيء يشبه الشيء من غيره ، ولا نجد شيئاً أقرب شهاً من أحدهما ، فنلحقه بأولى الأشياء شهاً ، كما قلنا فى الصيد . .

ويقول (١) : قال فما القياس ؟ أهو الاجتهاد ؟ أم هما مفترقان ؟ قلت هما اسمان لمعنى واحد . قال : فما جماعهما ؟ قلت : كل ما نزل بمسلم فقيه حكم لازم ، أو على سبيل الحق فيه دلالة موجودة ، وعليه - إذا كان فيه بعينه حكم - اتباعه ، وإذا لم يكن فيه بعينه ، طلب الدلالة على سبيل الحق فيه بالاجتهاد ، والاجتهاد القياس .

هو القياس من وجهين :

أحدهما : أن يكون القياس فى معنى الأصل ، فلا يختلف القياس فيه ، وأن يكون الشيء له فى الأصول أشياء ، فذلك يلحق بأولاهها به ، وأكثرها شهاً فيه وقد يختلف القايسون فى هذا . .

فالذى يؤخذ من هذه النصوص أمور :

أولها : أن الواقعة المراد معرفة حكم الشرع فيها بطريق القياس واقعة لا نص فيها ، فإذا كانت منصوصاً عليها اتبع النص ولم يحز القياس ، لأن القياس ضرورة لا يلجأ إليها إلا عند فقد النص ، ولا يحل القياس والخبر موجود .

يقول الشافعي (١) : « فإذا وجدنا ما في مثل ذلك المعنى فيما لم ينص فيه بعينه كتاب ولا سنة ، أحللناه أو حرمناه ، لأنه في معنى الحلال والحرام . »
ويقول (٢) : « كل حكم وجدت عليه دلالة . . . بأنه حكم به المعنى من المعاني . فزلت نازلة ليس فيها نص حكم ، حكم فيها حكم النازلة المحكوم فيها ، إذا كانت في معناها . »

ويقول (٣) : « قال : فقد حكمت بالكتاب والسنة ، فكيف حكمت بالإجماع ثم حكمت بالقياس ، فأقمتها مع كتاب أو سنة ؟
فقلت : إني وإن حكمت بهما كما أحكم بالكتاب والسنة : فأصل ما أحكم به منهما مفترق . »

قال : أفيجوز أن تكون أصول مفرقة الأسباب تحكم فيها حكماً واحداً ؟
قلت : نعم يحكم بالكتاب والسنة المجتمع عليها التي لا اختلاف فيها ، فنقول لهذا حكمنا بالحق في الظاهر والباطن . »

ويحكم بالسنة قد رويت عن طريق الانفراد ، لا يجتمع الناس عليها ، فنقول حكمنا بالحق في الظاهر ، لأنه قد يمكن الخاطئ فيمن روى الحديث .
ونحكم بالإجماع ثم القياس ، وهو أضعف من هذا ، ولكنها منزلة ضرورة ، لأنه لا يحل القياس والخبر . وجود ، كما يكون التيمم طهارة في السفر عند الإعواز من الماء ، ولا يكون طهارة إذا وجد الماء ، إنما يكون طهارة في الإعواز .

وكذلك يكون ما بعد السنة حجة إذا أعوز في السنة . »

(١) المرجع السابق ٤٠ : ١٣٣ .

(٢) المرجع السابق ٥١٣ .

(٣) الرسالة ٥٩٨ .

والشافعي يقصد من النص الذي لا يجوز القياس معه ، أو الخبر الذي لا يحل القياس وهو موجود ، الخبر الذي لا يحتمل ، فأما إذا كان الخبر أو النص محتملا ، فلا مانع من أن يستعين المجتهد بالقياس لترجيح أحد معاني النص على غيرها . فالنص هنا يعني ما لا يحتمل غير معناه المفهوم منه ، ويقابله الظاهر الذي يظهر منه معنى ويحتمل إرادة غيره .

ولهذا يقول الشافعي (١) : « وإن كان للقرآن وجهان أو كانت سنة رويت مختلفة ، أو سنة ظاهرها يحتمل وجهين لم يعمل بأحد الوجهين حتى يجد دلالة من كتاب أو سنة أو إجماع أو قياس على أن الوجه الذي عمل به هو الوجه الذي يلزمه والذي هو أولى به من الوجه الذي ترده ، وهكذا يعمل بالقياس ، لا يعمل بالقياس أبداً حتى يكون أولى بالكتاب أو السنة أو الإجماع أو أصح في المصدر من الذي ترك ، ويحرم عليه أن يعمل بغير هذا . »

وثانها : أن القياس إنما يكون على خبر متقدم كتاب أو سنة ما دام قصد الفقيه من القياس إصابة الخبر ، وأخذ حكم الواقعة من معقوله ، والفقيه إذ يقيس الواقعة التي لا نص فيها على الواقعة التي فيها النص إنما يطبق النص ؛ إذ النص يدل على حكم الأصل بافظه ، ويدل على حكم النازلة بمعقوله ، فلا استدلال أولاً أو أخيراً بالنص ، فلا بد من بيان هذا النص .

يقول الشافعي (٢) : « والقياس ما طلب بالدلائل على موافقة الخبر المتقدم من الكتاب أو السنة ، لأنهما علم الحق المفترض طلبه . »

(١) الأم ٦ : ٢٠٧ .

(٢) الرسالة ٤٠ : ١٢٢ .

ويقول (١): « والاجتهاد لا يكون إلا على مطلوب ، والمطلوب لا يكون أبداً إلا على عين قائمة تطلب بدلالة يقصد بها إلها أو تشبيهه على عين قائمة ... والخبر في الكتاب والسنة عين يتأخى معناها المجتهد ليصيبه كما البيت ينأخاه من غاب عنه ليصيبه ، أو قصده بالقياس ، » .

ويقول (٢): « وإنما كان لأهل العلم أن يقولوا دون غيرهم ، لأن يقولوا في الخبر باتباعه فيما ليس فيه الخبر بالقياس على الخبر ، » .

ويقول (٣): « وإذا كان هذا هكذا كان على العالم ألا يقول إلا من جهة العلم ، وجهة العلم الخبر اللازم ، بالقياس بالدلائل على الصواب ، حتى يكون صاحب العلم أبداً متبعاً خبراً ، وطالب الخبر بالقياس ، كما يكون متبع البيت بالعيان ، وطالب قصده بالاستدلال بالإعلام مجتهداً ، » .

وثالثها : أن الواقعة التي يراد معرفة حكمها بالقياس في مثل معنى ما أحل الله أو حرم نصاً . ومعنى هذا اشتراك الواقعة غير المنصوص عليها والواقعة المنصوص عليها في المعنى الذي لأجله حكم الشارع في الأخيرة . وهو الذي عبر عنه كتاب الأصول فيما بعد باشتراك الأصل والفرع في العلة . والشافعي عبر عن العلة بالمعنى الذي كان حكم الشارع في الواقعة المنصوصة له .

فيقول (٤): « كل حكم ... وجدت عليه دلالة ... بأنه حكم به لمعنى من المعاني ، فنزلت نازلة ليس فيها نص حكم فيها حكم النازلة المحكوم فيها ، إذا كانت في معناها . »

(١) المرجع السابق ٥٠٣ .

(٢) الرسالة ٥٠٣ .

(٣) المرجع السابق ٥٠٧ .

(٤) المرجع السابق ٥١٢ .

ويقول (١): « أن يكون الله ورسوله حرم الشيء منصوصاً أو أحله ، لمعنى ، فإذا وجدنا ما في مثل ذلك المعنى فيما لم ينص فيه بعينه كتاب ولا سنة ، أحللتناه أو حرمناه ، لأنه في معنى الحلال والحرام . »

فالشارع نص على حكم واقعة معينة في كتابه أو سنة نبيه ، ووجد المجتهد أن هذا الحكم إنما كان لمعنى من المعاني ، ثم وجد أن هذا المعنى بعينه ، أو مثل هذا المعنى موجود في الواقعة المعروضة عليه ، والتي لا يجد الشارع قد حكم فيها بعينها حكماً ، فإن المجتهد يعطى الواقعة التي لا نص فيها بينها حكم الواقعة المنصوص عليها بعينها لا شتراك الواقعتين في المعنى الذي لأجله أحل الشارع أو حرم .

والمجتهد قد يتوصل إلى معرفة المعنى الذي لأجله حكم الشارع ، وأحل وحرّم ، من النص الذي دل على الحكم بعينه ، أو من نص غيره . وفي هذا يقول الشافعي (٢):

« كل حكم وجدت عليه دلالة فيه أو في غيره من أحكام الله ورسوله بأنه حكم فيه لمعنى من المعاني . . . »

فالحكم للشرعي قد توجد الدلالة على المعنى الذي حكم به لأجله فيه نفسه ، كما قد توجد هذه الدلالة في غيره من أحكام الله ورسوله . والشافعي لم يحدد للفقهاء طريقة معينة للتعرف على المعنى الذي لأجله حكم الشارع في الواقعة . بل له أن يسلك كل الوسائل ما دامت هذه الوسائل تدور حول النص ولا تخرج عنه إلى القول بالرأى ، والفتوى بالشهسى .

(١) المرجع السابق ٤٠ : ١٢٣ .

(٢) الرسالة ٥١٢ .

رابعها : أن الشافعي أطلق المعنى الذى يكون الاشتراك فيه بين الواقعة التى لا نص فيها بعينها ، والواقعة التى فيها نص حكم من الشارع . وهذا يشمل الاشتراك فى عين هذا المعنى أو فى جنسه . بل إنه يشير إلى أنه يكفى فى القياس أن يوجد فى الواقعة غير المنصوص على حكمها مثل المعنى الذى حكم الشارع فى الواقعة الأولى لأجله ، وليس فقط أن يوجد فيها نفس المعنى . يقول الشافعي (١) : « أن يكون الله ورسوله حرم الشيء منصوصاً أو أحله لمعنى ، فإذا وجدنا ما فى مثل ذلك المعنى فيما لم ينص فيه بعينه كتاب ولا سنة ، أحلناه أو حرمناه ، لأنه فى معنى الحلال والحرام » .

فهذا النص يشير إلى أن الواقعة التى لا نص فيها إذا كانت تشارك الواقعة التى فيها النص فى نفس المعنى الذى حكم به فيها لأجله ، أو كان المعنى فى هذه الواقعة مثل المعنى الذى فى الواقعة المنصوصة ، فإن القياس جائز فيها .

المطلب الثالث

بيان وجه دخول المصلحة المرسلة فى القياس عند الشافعي : عرفنا أن المصلحة المرسلة هى المصلحة التى تدخل تحت جلس اعتبره الشارع فى الجملة بغير دليل معين أو هى المصلحة الملائمة لجلس تصرفات الشارع وقلنا إن المصلحة الملائمة هى اقتباس للحكم من معقول النص والإجماع . فالمعنى إنما يؤخذ به ، ويعتمد عليه إذا كانت هناك نصوص شرعية تدل على أن الشارع اعتبره فى التشريع وبني أحكامه على وفقه . على هذا الأساس فإن كل واقعة يكون سند الفتوى فيها هو المصلحة المرسلة ، تستند فى الواقع إلى معنى شهدت له نصوص شرعية ، ويكون الفقيه فى فتواه هذه طالباً للنص حاملاً عليه ، وليس قائلاً بالرأى ولا مستحسناً من غير مثال سبق .

فالذين قالوا بالمصلحة الملائمة اشترطوا أن توجد أصول شرعية تدل

على أن الشارع يعتبر جلس المصلحة الموجودة في الفرع . فإذا قلنا بتضمين الصانع محافظة على الأموال وتقديم المصلحة عامة على مصلحة خاصة ، فإن هذا المعنى له أصل في نصوص الشارع ، وذلك في المنع من تلقى الركبان ، وبيع الحاضر للبادي وغير ذلك ، ما فيه تحصيل مصلحة عامة مع تفويت مصلحة خاصة .

وإذا قالوا بوجوب القصاص من الجماعة إذا اشتركوا في قتل واحد ، فإن القائل بهذا يرى أن فيه مصلحة اعتبرها الشارع ، وشهدت لها نصوصه ، ذلك أن الشريعة قد حافظت على النفس ، وباستقراء نصوصها نجد أن مصلحة حفظ النفس مصلحة دلت عليها النصوص الشرعية الكثيرة وليس نصاً واحداً ولا دليلاً معيناً .

وإذا كان القياس في نظر الشافعي هو طلب الدلائل على موافقة الخبر المتقدم ، كتاباً أو سنة ، وأن هذه الموافقة تتحقق إذا كان الله أو رسوله حرم الشيء نصاً أو أحله لمعنى ، ثم وجدنا ما في مثل ذلك المعنى فيما لم ينص فيه بعينه كتاب ولا سنة فأحللناه أو حرمناه ، لأنه في معنى الحلال والحرام ، فإن هذه الموافقة للخبر تتحقق أيضاً في المصلحة الملائمة ، ذلك أننا نجد أن الله أو رسوله أحل أو حرم الشيء ، لمعنى ، ثم نجد أن هذا المعنى متحقق في بعض الفروع ، ويكون ذلك الفرع مشتملاً على معنى من جلس هذا المعنى الذي لأجله أحل الله أو رسوله أو حرم ، فنحل أو نحرم ذلك الفرع ، ما دام قد وجد فيه معنى ما أحل وما حرم .

وتمثيل ذلك أننا إذا وجدنا النفس نهى عن قتلها ، وجعل قتلها موجباً للقصاص ، متوعداً عليه ، ومن كبار الذنوب المقرونة بالشرك ، ووجب سد رمق المضطر ، ووجبت الزكاة والمواساة والقيام على من لا يقدر على إصلاح نفسه ، وأقيمت القضاة والحكام والملوك لذلك ، ورتبت الأجناد القتال من رام قتل النفس ، ووجب على الخائف من الموت سد رمقه بكل

حلال وحرام من الميتة والدم ولحم الخنزير ، إلى سائر ما يضاف لهذا ، علمنا
يقيناً أن هذه الأحكام قد شرعت لمعنى ، هذا المعنى هو المحافظة على النفس ،
فإذا ما وجدنا واقعة لم ينص فيها على حكم بعينها ، ثم وجدنا أن فيها معنى
ما نص عليه ، أعطيت حكمه . فإذا قتل الجماعة الواحد ، وأردنا أن نعرف
حكم الشارع في وجوب القصاص على الجماعة أو عدم وجوبه ، حيث إن
الواقعة مما لم ينص فيه بعينه كتاب ولا سنة ، ثم وجدنا أن في القصاص من
الجماعة معنى حفظ النفس ، فإننا تعطى هذه الواقعة حكماً يحقق هذا الحفظ .
ولقد رأينا أن شرائط القياس في نظر الشافعي تتلخص في أمور ثلاثة :
أولها : أن تكون هناك واقعة ليس فيها نص حكم ، أو ما لم ينص فيه
بعينه كتاب ولا سنة .

وثانيها : أن يكون هناك حكم نص عليه الشارع لمعنى يمكن أن يتوصل
إليه المجتهد ، منه أو من غيره .

وثالثها : أن تكون الواقعة التي ليس فيها نص حكم ، قد اشتملت على
المعنى الذي لأجله حكم الشارع في الواقعة المنصوص عليها .
ولقد وجدنا هذه المقومات الثلاث في كل مصلحة ملائمة :

١ - ذلك أن الواقعة التي يراد معرفة حكمها بطريق المصلحة واقعة
غير منصوص على الحكم فيها بعينه . وذلك كتضمن الصناعات .

٢ - هناك أحكام شرعية نص الشارع عليها لمعنى يدركه المجتهد ، وذلك
حكم المنع من تلقى الركبان ، والمنع من بيع الحاضر للبادي ، وشرع
الحدود والقصاص ، وغير ذلك من الأحكام ، فإن هذه الأحكام شرعت
لمعنى هو أن المصلحة العامة تقدم على المصلحة الخاصة .

٣ - الواقعة التي لا نص فيها بعينها ، وهي تضمن الصناعات ، وقد وجد

ففي ذلك المعنى ، وذلك أن في القول بالتضمنين تقديم مصلحة عامة ، هي مصلحة أرباب السلع ، على مصلحة خاصة ، هي مصلحة الصانع .

وإذا قلنا إن شارب الخمر يجلد ثمانين ، فإن الشروط الثلاثة التي يتطلبها الشافعي في القياس متوافرة ، وذلك لأن الشارع نص على أحكام كثيرة هي حرمة الخلوة بالأجنبية ، وحرمة حفر البئر في موضع العدوان ، وأوجب العدة بالخلوة ، والغسل بالإيلاج .

وكل هذه الأحكام كانت لمعنى هو أن مظنة الشيء تقام مقام نفس الشيء . وتعطى حكمه .

وواقعة شرب الخمر واقعة غير منصوص على الحكم فيها عيناً ، وفي توقيع عقوبة القذف على الشرب نفس المعنى الذي من أجله أقام الشارع الخلوة مقام الزنا في الحرمة . فيعطى شرب الخمر حكم ما نص عليه ، وهو إقامة الشرب مقام القذف فيكون الشارع قد حكم بحكم لمعنى ، ووجد هذا المعنى في واقعة لم ينص على حكمها ، فأعطيت الواقعة حكم المنصوص عليها . ما دامت في معناها (١) .

والخلاصة أنه في كل مصلحة ملائمة توجد أصول شرعية تشهد لجنس المصلحة ، لأن معنى ملائمة المصلحة ، أن تدخل تحت جلس اعتبره الشارع ، وما دام اعتبار الشارع إنما يعرف من نصوصه ، ولا يستقل به العقل ، فإن كل معنى أو مصلحة ملائمة ترجع إلى نصوص الشريعة .

(١) لم يقل الشافعي بتضمنين الصانع لأنه رجح قياسه على العارية ، ولم يقل يجلد شارب الخمر ثمانين لأنه يرى أن الواقعة منصوص على حكمها ، إذ ثبت عنده أن ضرب الرسول صلى الله عليه وسلم شارب الخمر أربعين كان حداً لا تغزيراً ، وهذا لا يدل على عدم أخذ الشافعي بالمصلحة المرسلات ، لأن المانن في الواقعة الأولى أنه أخذ فيه بمصلحة شهد الشرع لنوعها ، والمانن في الثانية أن الواقعة منصوص على حكمها . ولا قياس مع النص .

وإذا كان الشافعي يحرص أشد الحرص على وجود النص الشرعي أو الخبر اللازم ، الذي يكون القياس طلباً له واستنباطاً منه ، حتى لا يكون الفقيه قاتلاً بالاستحسان ، راجعاً لمجرد التذوق والتشهي ، وإذا كانت كل مصلحة ملائمة لما نعرف ملاءمتها للشرعية من جملة نصوص قد تفيد القطع في مجموعها بهذا المعنى ، فإن المصلحة المرسله تكون داخلة تحت القياس في نظر الشافعي رضي الله عنه .

ومن ناحية أخرى ، فإننا نجد الشافعي يقرر أن أساس الإلحاق والحمل اشتراك الواقعة غير الوارد نص فيها بعينها ، والواقعة التي ورد فيها النص ، في المعنى الذي لأجله حكم الشارع في الواقعة الأخرى المنصوصة . وهذا الاشتراك في المعنى يشمل الاشتراك في عين المعنى ، كقياس النبيذ على الخمر ، لاشتراك النبيذ والخمر في عين الإسكار ، كما يدخل فيه الاشتراك في جنس المعنى ، أو كما يصرح الشافعي أن يكون المعنى الموجود في الواقعة غير المنصوصة ، مثل المعنى الموجود في الواقعة المنصوصة ، ومعنى أن يكون مثلاً له ، أن يكونا نوعين من المعنى داخلين تحت جنس واحد .

الفرع الثاني

أدلة اعتبار الشافعي المصالح المرسله

ونقسم هذا الفرع بعد مقدمة قصيرة إلى المطالب التالية :

المطلب الأول : إدخال كتاب الأصول الشافعية الوصف الذي شهد الشرع لجنسه في باب القياس .

المطلب الثاني : نسبة كتاب الأصول من الأحناف القول بملأثم المرسل إلى الشافعي .

المطلب الثالث : تصريح كتاب الأصول من المالكية باعتماد الشافعي الاستدلال المرسل في التفريع .

المطلب الرابع : نسبة الشوكاني القول بالمصالح الملائمة إلى الشافعي نقلاً عن ابن برهان وإمام الحرمين .

المطلب الخامس : تصريح الزنجاني بأن الشافعي يتمسك بالمصالح المستندة إلى كلى الشرع .

المطلب السادس : أخذ الشافعي بالقياس في الأسباب يعني القول بالمصالح المرسلة .

المطلب السابع : نسبة إمام الحرمين إلى الشافعي الأخذ بالمصالح الشبيهة بالمصالح المعتمدة .

المطلب الثامن : دراسة الرسالة تدل على أن الشافعي اتبع طريقة الاستدلال المرسل في التدليل على القواعد الأصولية التي اعتمد عليها في الاستنباط .

* * *

مقدمة :

نعرض في هذا الفرع الأدلة التي تثبت أن الشافعي يأخذ بالمصالح المرسلة بالمعنى الذي حددناه لها . وسندكر هذه الأدلة على لسان الأصوليين من الشافعية وغيرهم الذين قرأوا كلام الشافعي وفهموا منه ما توصلنا إليه من أن الشافعي ، وإن لم يذكر المصالح المرسلة بين أصول الفقه وأدلة الأحكام فإن ذلك لا يعني أنه يرفض الأخذ بها لأن سبب إغفاله لذكرها بين الأصول أنه لا يراها أصلاً مستقلاً ، وإنما هي حمل على النص ، وطلب للخبر اجتهاداً كما يطلب عيناً إذا كان الخبر نصاً في الحكم الشرعي .

المطلب الأول

إدخال كتاب الأصول الشافعية الوصف الذى شهد
المشرع لجنسه فى المصلحة المعتمدة الداخلة فى باب القياس

من الأدلة على أن الشافعى يأخذ بالمصلحة الملائمة كطريقة من طرق
الاستدلال بالنصوص الشرعية ، أن كتاب الأصول من الشافعية ينسبون
إلى الشافعى القول بالقياس ، ثم نراهم يجعلون الوصف الذى اعتبر الشارع
جنسه فى جنس الحكم مصلحة اعتبرها الشارع ، ويفسرون هذا الاعتبار
بإيراد الشارع الفروع على وفقها ، وبذلك تكون المصلحة الملائمة داخلة عند
الشافعى فى معنى القياس .

وهؤلاء الكتاب يمثلون لمثل هذا النوع من المصالح بإعطاء الشارب حد
القاذف قياساً على الخلوة بالأجنبية ، بحامع أن فى كل من الأصل والفرع
إقامة مظنة الشيء مقام الشيء وإعطاء المظنة حكم المظنون .

وإذا كنا قد رأينا أن الآخذين بالمصالح المرسلة يعرفونها بأنها المصالح
الملائمة ، ويفسرون الملائمة بالدخول تحت جنس اعتبره الشارع فى الجملة
بغير دليل معين ، ثم يجعلون عمدتهم فى التمثيل لها ، والاستدلال على حجتها
إعطاء الصحابة أشراب حكم القاذف (١) ، فإن الشافعى إذ يحتج بالقياس
على أنه مصلحة معتبرة تعتمد على النص ، وترجع إلى الخبر اللازم من الكتاب
أو السنة ، وإذ يدخل فيه المصلحة التى اعتبر الشارع جنسها ، ويستغنى
بإشراك الفرع والأصل فى جنس المعنى دون عينه ، فإن الشافعى بذلك يكون
قائلاً بالمصالح المرسلة التى يقول بها مالك .

(١) راجع الغزالي فقد مثل بهذا المثال فى شفاء الغليل ، وجعله العمدة فى الاستدلال .

فالآمدى بعد أن يقسم الوصف المناسب لثلاثة أقسام: قسم اعتبره الشارع، وقسم ألغاه، وقسم لم يرد عنه اعتباره ولا إلغاؤه بنص معين، يجعل الوصف الذى اعتبره الشارع أقساماً ويذكر منها الملائم المرسل فيقول « القسم الثالث أن يكون الشارع قد اعتبر جنس المصلحة في جنس الحكم لا غير . . . وذلك كاعتبار جنس المشقة في جنس التخفيف » (١).

والبيضاوى والأسنوى من بعد، يجعلان الوصف المناسب أقساماً ثلاثة كما يفعل الآمدى، قسم اعتبره الشارع، وقسم ألغاه، وقسم أرسل عن الاعتبار والإلغاء، ثم يعرف الوصف أو المصلحة المعتبرة بأنها الوصف الذى أورد الشارع الفروع على وفقه ثم يقسم الوصف المعتبر أقساماً يجعل منها ملائم للمرسل، فيقول « والرابع: أن يعتبر الشارع جنس الوصف في جنس الحكم، كما قال على رضى الله عنه، فى شارب الخمر، أرى أنه إذا شرب هذى، وإذا هذى افترى فيكون عليه حد المفترى، يعنى القاذف ووافقه الصحابة على ذلك فقد أوجبوا حد القذف على الشرب، لا لكونه قذفاً، بل أفاموا مظنة القذف وهو الشرب مقام القذف قياساً على إقامة الخلوة بالأجنبية مقام الوطء فى التحريم لأن الخلوة مظنة له، فقد ظهر أن الشارع اعتبر المظنة التى هى جنس لمظنة الوطء ولمظنة القذف فى الحكم الذى هو جنس لايجاب حد القذف. ولحرمة الوطء » (٢).

وابن السبكي فى جمع الجوامع يجعل الوصف الذى اعتبر الشارع جنسه فى جنس الحكم مصلحة معتبرة تدخل فى باب القياس فيقول: « ثم المناسب

(١) الأحكام الآمدى ج ٤ ص ٤٥٥ - ص ٤١٠.

(٢) نهاية السؤل ج ١ ص ٩١.

إن اعتبر بنصر أو إجماع عين الوصف في عين الحكم فالماوثر وإن لم يعتبر بهما . بل يترتب الحكم على وفقه ولو باعتبار جنسه في جنسه فالملائم ، (١) .

فهو لاء الكتاب من الشافعية يتفقون على أن الشافعي من يحتج بالقياس ، وأن القياس هو المصلحة التي اعتبرها الشارع ، وأن اعتبار الشارع كما يكون باعتبار عين المصلحة ، يكون باعتبار جنسها . فالمصلحة الملازمة إذن مصلحة معتبرة ؛ اعتبرها الشارع وبني أحكامه على أساسها ، وفرع الفروع على وفقها ، وهي داخلة عندهم في باب القياس .

ويكون القياس عند هؤلاء الكتاب شاملاً لنوعين : نوع كان اشتراك الأصل والفرع فيه في عين العلة أو الوصف الجامع ، والنوع الآخر كان اشتراك الفرع مع الأصل فيه في جنس العلة أو المعنى الجامع ، وذلك كما في إعطاء الشارب حكم القاذف إذ هما مشتركان في جنس المعنى ، وهو إقامة المظنة مقام المظنون ، وإن كان في الأصل نوع من الوصف مغاير لما في الفرع ، ذلك أن المعنى الذي في الأصل أنه مظنة زنا ، والمعنى الذي في الفرع أنه مظنة قذف . وهما نوعان من الوصف متغايران في النوعية . ولكنهما يدخلان تحت جنس واحد . وإعتبار الشارع مظنة الزنا . يعد اعتباراً منه مطلق المظنة . حتى جاز أن يقال إن الشارع اعتبر مظنة القذف أيضاً .

وبالمثل فإن هذا التخريج يمكن أن يقال في تضمين الصانع . وضرب المتهم . والعقوبة في المال وغيرها من الفروع التي كان أساس الفتوى فيها أن فيها تقديم مصلحة عامة على مصلحة خاصة . والأصل لهذه الفروع أحكام منصوص عليها . وفيها قدم الشارع أنواعاً من المصالح العامة مغايرة للأنواع الموجودة في هذه الفروع . على أنواع من المصالح الخاصة ، مغايرة أيضاً للمصالح الخاصة في هذه الفروع . إلا أنه يجمع الأصل وهذه الفروع

جنس المعنى وهو أن في كل منها تقديم مصلحة عامة على مصلحة خاصة ،
والشارع باعتباره تقديم مصلحة عامة على مصلحة خاصة معينة ، يعد معتبراً
لجنس هذا المعنى وهو أن المصلحة العامة مقدمة على المصلحة الخاصة عند
التعارض في كل واقعة غير منصوص على حكمها .

فكل فرع كان سند فتوى القائلين بالمصالح المرسلة فيه هو المصلحة ،
يمكن إجراء القياس فيه على طريقة جمهور الكتاب من الشافعية ، على أساس
أن اشتراك الأصل والفرع كان في جنس الوصف لا في عينه ، وأن الحكم
المراد إعطاؤه للفرع ، وإن لم يكن عين حكم الأصل ، فإنه حكم من جنسه .

وبالجملة فإذا كان القياس عند هؤلاء هو مساواة الأصل للفرع في
علة والحكم ، فإن المساواة عندهم معنى أوسع من غيرهم . إذ هي أهم من
المساواة في النوع والمساواة في الجنس ، فسواء ساوى الفرع الأصل في
نوع العلة أو الحكم أم كانت المساواة مساواة في الجنس فقط ، فإن المساواة
توجد ، وحكم القياس يثبت .

بقي أن نتساءل إذا كان الوصف الذي اعتبر الشارع جنسه في جنس
الحكم مصلحة اعتبرها الشارع ويرجع حاصلها إلى القياس ، وهو اقتباس
الحكم من معقول النص والإجماع ، فما هي إذن المصلحة التي لم يعتبرها
الشارع ولم يبلغها ؟

والجواب أن هؤلاء الكتاب يعنون بهذه المصلحة التي لا تدخل تحت
جنس اعتبره الشارع في الجملة بغير نص معين ، وهي التي سماها الغزالي
المصلحة الغريبة ، وعرفها بأنها الوصف الذي لا يلائم ولا يشهد له أصل
معين ، وقال عنها في شفاء الغليل « ما سكمت شواهد الشرع عنه ونصوصه ،
فلا يناقضه نص ولا يشهد لجنسه شرع ، فهو المصلحة الغريبة التي يتضمن

اتباعها لإحداث أمر بديع لا عهد لمثله في الشرع» (١).

ولما كانت المصلحة المرسله عند هؤلاء الكتّاب بهذا المعنى ، فإنهم يتفقون على رفض الشافعي الأخذ بالمصالح المرسله ، لأنها بالمعنى السابق مستحسان وتلذذ ، لا تستند إلى خبر لازم من كتاب أو سنة . وسنرى أن معنى الاستحسان عند الشافعي هو المصلحة الغريبة كما شرحها الغزالي في شفاء الغليل .

وخلاصة القول : إن هؤلاء الكتّاب يدخلون المصلحة الملائمة لجنس تصرفات الشرع في باب القياس ، ولما كان الشافعي ممن يقول بالقياس . فإنه يكون قائلًا لا محالة بهذا النوع من المصالح ، وأما المصلحة التي لا تدخل تحت جنس اعتبره الشارع ، فهي المصلحة المرسله عندهم ، وهم يحكمون عن الشافعي رفضه لهذا النوع من المصالح ، ولما كانت هذه المصلحة الغريبة التي لم يشهد لنوعها ولا لجنسها نص شرعي ، فإن الشافعي - كما يؤخذ من أصوله - يرفض الأخذ بها أشد الرفض .

أما أولاً ، فلأنها غير داخلة في باب القياس الذي يعتبره الشافعي حملاً على نصوص الشرع ، وإعطاء واقعة لا نص فيها حكم واقعة ورد النص بحكمها ، إن وجد في الواقعة الثانية ، مثل المعنى الذي لأجله حكم الشارع في الواقعة الأولى . وفي المصالح الغريبة ليست هناك واقعة ورد النص بحكمها . حتى يمكن أن ينظر الفقيه في المعنى الذي لأجله كان الحكم المنصوص ، ثم يحاول أن يعدي هذا الحكم إلى الواقعة التي لا نص فيها ، والتي تشارك الواقعة الأولى في المعنى الذي كان لأجله الحكم .

أما ثانياً ، فإن تحديد معنى الاستحسان - كما سنبينه من كلام الشافعي

ينطبق تمام المطابقة على المصلحة الغربية ؛ إذ في كل منهما لا يعتمد الفقيه على خبر لازم من كتاب أو سنة ، أو لا يجتهد على عين قائمة يتوخى معناها ليصيبه بطريق القياس .

والغزالي وإن لم يدخل الوصف الذي اعتبر الشارع جنسه في جنس الحكم في باب القياس ، إلا أنه يراه حجة وطريقاً صحيحاً من طرق الاستدلال بالنصوص ، ويسميه المصلحة المرسل أو الاستدلال المرسل . وقد مثل لهذا النوع من المصالح بإعطاء الشارب حسد القاذف إقامة لمظنة القذف مقام القذف قياساً على إقامة مظنة الزنا ، وهو الخلوة بالأجنبية مقام الزنا في الحرمة ، وهو المثال الذي مثل به الآمدى والبيضاوى ، والأسنوى وابن السبكي للمصلحة المعتبرة التي يرجع حاصلها إلى باب القياس .

وبذلك يكون الغزالي موافقاً لجمهور الشافعية في أن المصلحة الملائمة أو الوصف الذي اعتبره الشارع في الجملة بغير دليل معين حجة شرعية تعتمد على النصوص وليس شيئاً خارجاً عنها ، والقول بها حمل على خبر لازم من كتاب أو سنة ، وليس قولاً بالاستحسان ، ولا تشريعاً بالهوى والتلذذ . وأن الوصف الذي لم يعتبر الشارع نوعه ولا جنسه أو المصلحة الغربية كما يعبر عنها الغزالي ليست بحجة وأن الشافعي يرفض القول بها .

ويكون الفرق بين الغزالي وبين جمهور الشافعية أن الغزالي يطلق على هذا النوع اسم المصالح المرسل ، قاصراً القياس على المصلحة التي شهد النص فيها لعين المصلحة ، أما ما شهدت النصوص فيه لمجلس المصلحة فهو المصلحة المرسل . في حين أن الجمهور يعتبر المصلحة الملائمة مصلحة معتبرة تدخل في باب القياس ، جاعلين للقياس معنى أوسع مما يرى الغزالي ، أما ما أسماه الغزالي مصلحة غريبة فقد سموه مصلحة مرسل ، وانفقوا معه على رده وعدم القول به .

وإذا صرفنا النظر عن الأسماء يمكن القول بأن كتاب الأصول من الشافعية يحتاجون بالمصلحة ويريدون بها المصلحة التي تدخل تحت جنس اعتبره الشارع في الجملة بغير دليل معين ، ومعنى اعتباره إيراد الفروع المنصوصة على وفقه ، والالتفات إليه في التشريع .

وأما المصلحة الغريبة التي لم يعتبر الشارع جنسها ولم يورد الفروع على وفقها ، ولا يشهد لها نص معين ولا غير معين بملاحظة الشرع لها ، فهي مصلحة لا يحتاج بها الشافعية .

وهذا يمثل قول إمام الشافعية رضى الله عنه ، فقد قلنا إن المصلحة الملائمة تدخل عنده في باب القياس وأما المصلحة الغريبة فهي الاستحسان الذي لا يرجع القائل به إلى الخبر يأخذ منه الحكم نصاً ، أو استنباطاً بطريق القياس ، وجهة العلم عند الشافعي خبر لازم يؤخذ الحكم منه نصاً أو استنباطاً بطريق القياس كما سبق بيانه .

المطلب الثاني

كتاب الأصول من الأحناف وإن اختلفوا
في ملائم المرسل أهو من باب القياس أم يرجع إلى علة
مبتدأة في الشرع إلا أنهم يحكون عن الشافعي قبوله

ملائم المرسل كما يراه كتاب الأحناف ، هو الوصف الذي لم يثبت الحكم معه في أصل ما ، ولكن ثبت اعتبار الشارع جنسه في جنس الحكم . فلا إرسال من حيث إن الشارع لم يعتبر عين الوصف بنص معين ، أو لم يرتب الحكم على وفقه بذاته في أصل ما ، وأما الملائمة ، فلأن الشارع اعتبر جنس هذا الوصف ورتب الأحكام عليه ، وفرع الفروع على وفقه .

وكتاب الأصول من الحنفية يختلفون في تسكييف هذا النوع من المصالح ،

كما سنرى فيما بعد إلا أنهم مع اختلافهم هذا ينسبون إلى الشافعى القول بملائم المرسل أو المصلحة الملائمة ، وفي ذلك يقول صاحب التقرير والتحجير (١) ، وما علم اعتبار أحدها (الجنس فى الجنس أو الجنس فى النوع أو العكس) وهو الملائم المرسل ، وعن مالك والشافعى قبوله ، فتراهم مع اختلافهم فى الاسم الذى يجب إطلاقه على الوصف الذى اعتبر الشارع جنسه فى جنس الحكم ، أهو قياس . أو علة مبتدأة ، إلا أنهم يحكون عن الشافعى قبوله . .

وصاحب التقرير والتحجير يرى أن الملائم المرسل هو المصالح المرسلة عند القائلين بها (٢) . أما المصلحة الغريبة ، أو مرسل الغريب ، كما يسميه هو ، فهو فى نظره مردود باتفاق ، وقد حكى هذا الاتفاق على رد المصالح الغريبة الغزالي قبله .

وأما صاحب مسلم الثبوت ، فإنه يرى أن الغريب من المرسل ، وهو المصلحة الغريبة ، هو المسمى بالمصالح المرسلة ، وأن ملائم المرسل ، أو المصلحة الملائمة ليست هى المصالح المرسلة ، واختلفوا فى الاسم الذى يطلق عليها كما سبق . ثم هو يحكى عن الشافعى القول بالمصلحة الملائمة دون الغريبة فيقول :

وينقسم (أى المرسل) إلى ما علم الغاؤه . . وإلى ما لم يعلم ، فإن لم يعلم فيه أحد اعتبارات الملائم فهو الغريب من المرسل ، وهو المسمى بالمصالح المرسلة ، حجة عند مالك . . وأن علم فيه ذلك فهو المرسل الملائم ، قبله الإمام ، ونقل عن الشافعى (٣) .

(١) التقرير والتحجير ج ٣ ص ١٥٠ .

(٢) راجع التقرير والتحجير ج ٣ ص ١٤٧ — ص ١٥١ .

(٣) مسلم الثبوت ج ٢ ص ٢٦٥ .

وعلى هذا نجد كائنين من كتاب الأصول الآخفاف يتفقان على أن الشافعى يقول بالمصلحة الملازمة التى وإن لم يعتبر الشارع عينها بنص معين ، فقد اعتبر جنسها فى الجملة بغير نص معين ، وأنه يرفض الأخذ بغريب المرسل ، الذى لم يشهد فيه النص لعين المصلحة ، ولا لجنسها وبعد ذلك يختلفان . فأما صاحب التقرير والتحجير ، فيعطى اسم المصلحة المرسله للملائم المرسل ، ويحكي الاتفاق على رد الغريب من المرسل ، وصاحب مسلم الثبوت يطلق المصلحة المرسله على المصلحة الغريبة ، حاكياً الخلاف فيها ، ثم يجعل المصلحة الملازمة شيئاً خارجاً عن المصالح المرسله ، ويحكي خلاف الحنفية فى تكييفها ، أهي داخله فى باب القياس محذوف الأصل ، أم يجب أن يسمى علة شرعية ثابتة بالرأى ، ومأخوذة من جملة نصوص ومجموع أدلة ، أم هي قياس عادى ، يجرى الفقيه فيه القياس ، ويذكر الأصل الذى وجد فيه حكم من جنس الحكم المراد إعطاؤه للفرع وعلة من جنس العلة الموجودة فيه .

وهذا الخلاف عند الحنفية لا يعنيننا فيما نحن فيه ، وإنما الذى يعنيننا هو أن الحنفية يحكون عن الإمام الشافعى القول بالمصالح الملازمة دون الغريبة . وهذا يوافق نقل الشافعية عن أمامهم ، كما يؤخذ من كلام الإمام نفسه ، فى كتاب الرسالة والام ، وما نقل عنه فى غيرهما . وبإضافة هذه النتيجة إلى ما سبق يكون القول بالمصالح الملازمة دون الغريبة ثابتاً عن الشافعى رضى الله عنه .

المطلب الثالث

كتاب الأصول المالكية يصرحون باعتماد الشافعى

الاستدلال المرسل

يكاد يتفق كتاب الأصول من المالكية على ان الشافعى رضى الله عنه ممن يقول بالمصالح الملازمة دون الغريبة . وإليك رأى بعض هؤلاء الكتّاب .

(١) الشاطبي : أما الشاطبي فهو يصرح بأن الشافعي ممن يقول بالمصالح الملائمة التي ترجع إلى جنس اعتبره الشارع في الجملة بغير نص معين ، فهو يقول : « كل أصل شرعي لم يشهد له نص معين ، وكان ملائماً لتصرفات الشرع وماخوذاً معناه من أدلته ، فهو صحيح يبنى عليه ، ويرجع إليه ، إذا كان ذلك الأصل قد صار بجميع أدلته مقطوعاً به ، لأن الأدلة لا يلزم أن تدل على القطع بالحكم بانفرادها دون انضمام غيرها إليها ، لأن ذلك كالتعذر ، ويدخل تحت هذا ضرب الاستدلال المرسل الذي اعتبره مالك والشافعي فإنه وإن لم يشهد للفرع أصل معين فقد شهد له أصل كلي ، والأصل الكلي إذا كان قطعياً قد يساوي الأصل المعين ، وقد يربى عليه بحسب قوة الأصل المعين وضعفه ، (١) .

ويحكي الشاطبي في نفس الوقت الإجماع على رد المصالح الغريبة التي لا تدخل تحت جنس اعتبره الشارع ولم يرد نص معين على وفق عين المصلحة . فتراه يقسم ما سكنت عنه الشواهد الخاصة ، فلم تشهد باعتباره ولا بإلغائه إلى قسمين :

أولهما : وصف لم يشهد الشرع لجلسه ثم يرده ، ويمثل له بمنع القاتل من الميراث على تقدير عدم وجود النص عليه ، فيقول فإن هذه العلة لأعهد بها في تصرفات الشرع بالفرض ، ولا بملائمتها بحيث يوجد لها جنس معتبر ، فلا يصح التعليل بها ، ولا بناء الحكم عليها باتفاق ، ومثل هذا تشريع من القاتل به فلا يمكن قبوله .

وثانيهما : وصف يلائم تصرفات الشرع ، وهو أن يوجد لذلك المعنى جنس اعتبره الشارع في الجملة بغير دليل معين ، وهو الاستدلال المرسل ،

(١) الموافقات ج ١ ص ٣٩ .

المسمى بالمصالح المرسله التي حكى القول بها عن مالك والشافعي رضي الله
عنهما .

(ب) القرافي : والإمام القرافي المالكي، وإن لم يخص الشافعي بالقول
بالمصالح المرسله إلا أنه يذكر أن المصالح المرسله عامه في المذاهب وليست
في مذهب المالكية وحدهم ، وهذا الكلام ، بعمومه وإطلاقه يشمل الشافعي
رضي الله عنه . وبذلك يكون القرافي ممن يرى أن الشافعي يحتاج بالمصلحة
الملائمة كطريق من طرق الاستدلال بالنصوص ، وإن لم تكن أصلا
مستقلا ، ولا دليلا قائما بذاته . يقول القرافي في التنقيح .

« والذي جهل أمره هو المصلحة المرسله التي نحن نقول بها ، وعند
التحقيق هي عامة في المذاهب ... لأنهم يقيسون ويفرقون بالمناسبات
ولا يطلبون شاهداً بالاعتبار ، ولا معنى بالمصلحة المرسله إلا ذلك » .

هذا ، وإن كان القرافي لا يعني بالمصلحة المرسله في كلامه هذا المصلحة
الملائمة لجنس تصرفات الشرع ، فإن هذه عنده من المصلحة المعتمدة الداخلة
في باب القياس ، ولا يعني بها في نفس الوقت المصلحة الغريبة أو الغريب
المرسل ، وإنما يعني بها الإخالة ، أو استخراج المناط . ذلك أنه عد
المصلحة التي اعتبر الشارع جنسها ، داخلة في باب القياس ، أو المصلحة
التي اعتبرها الشارع . ثم إنه لا يمكن أن يقصد المصلحة الغريبة بمعنى
غريب المرسل ، لأن غريب المرسل ، وصف لم يثبت الحكم معه في
أصل ما ، ولم يثبت عن الشارع اعتبار جنسه ، وهو هنا يذكر أن قصده
بالمصلحة المرسله القياس بين الأصل والفرع ، وإبداء الفرق بينهما ، بذكر
الوصف المناسب الذي لم يثبت أنه علة في أصل معين ، وإنما اكتفى فيه
المجتهد بمطلق المناسبة . وهذا هو إثبات المصلحة بالإخالة أو بالاستنباط
دون أن يدل النص على أن هذا الوصف بعينه هو علة الحكم .

فالقرافي هنا يذكر القياس، وهو حمل فرع على أصل، والفرق، وهو إبداء
فارق بين الأصل والفرع، ويقول إن الفقهاء من أرباب المذاهب جميعاً
يقيسون الفرع على الأصل، ويفرقون بينهما، بمجرد إبداء المناسبة بين
الأصل والفرع، أو إبداء الفارق دون ذكر الأصل المعين الذي يدل على
أن الوصف الذي كان به الجمع أو الفرق وصفاً مؤثراً، ففي هذا النوع من
المصالح، يكون أمام الفقيه الأصل الذي يقيس عليه، ولكن هذا الأصل
لم ينص فيه، ولا في غيره على العلة التي كانت مناطاً لحكم الأصل، وإنما
استنبطها المجتهد، ثم حمل الفرع على الأصل بهذه العلة المستنبطة، وقد اتفق
الفقهاء ماعدا الحنفية، على أن ترتيب الحكم على الوصف يفيد ظن اعتبار
الشارع هذا الوصف علة لهذا الحكم دون حاجة إلى النص أو الإجماع
على عين العلة. ولكن جمهور كتاب الأصول عدا القرافي وصدر الشريعة
لا يطلقون على هذا النوع من القياس المستنبط بالعلة، اسم المصالح المرسلة،
لأن الإرسال يعنى الإرسال عن النص الذي يشهد لعين المصلحة أو
الوصف، وإذا كان مجرد ترتيب الحكم على الوصف شهادة من الشرع
لعين الوصف، كان هذا النوع من المصالح داخلاً في باب القياس مستنبط
العلة، وليس داخلاً في المصالح المرسلة. وذلك لوجود الأصل الذي
اعتبر فيه الشارع عين الوصف في عين الحكم بالترتيب وتوصل إليه
المجتهد بالإخالة.

وإذا صرفنا النظر عن الأسماء التي تطلق على بعض طرق الاستدلال
الشرعية، ونظرنا إلى المعنى فقط، فإن الإمام الشافعي رضى الله عنه بمن
يأخذ بالإخالة ويكتفي في إثبات علة الوصف بمجرد المناسبة، مع إثبات
الحكم على وفق الوصف المناسب في الأصل المقيس عليه. ولذلك نجد
يقرر أن علة الحرمة في الأصناف الستة الربوية هي الطعم في بعضها والشمية
في البعض الآخر، وهذه علة غير منصوص عليها، وإنما أخذت بطريق

الاستنباط من النص . وكذلك استنبط الشافعي علة المنع من الميراث بالاجتهاد ، وإن لم يكن عين العلة منصوفاً عليه . وهكذا .

بل إن الشافعي يصرح بأن الشارع إذا نص على حكم في واقعة معينة ، ثم وجدت دلالة في هذا النص ، أو في غيره من النصوص الشرعية ، على أنه إنما حكم بهذا الحكم في هذه الواقعة لمعنى من المعاني ، ثم زالت نازلة لم ينص فيها بعينها حكم ، ووجد المجتهد أن هذه الواقعة تشترك مع الواقعة المنصوص عليها في ذلك المعنى ، فإن المجتهد يحكم في الواقعة الثانية بحكم الواقعة الأولى . ولم يشترط الشافعي أن ينص الشارع على عين المعنى الذي لأجله حكم ، كما نص على الحكم نفسه ، وإنما يمكن أن توجد دلالة على هذا المعنى من هذا النص أو من غيره من النصوص الشرعية ، وما يحف بها من القرائن ، وما يحيط بها من الملابسات فيقول :

« كل حكم لله أو لرسوله ، وجدت عليه دلالة فيه أو في غيره من أحكام الله ورسوله بأنه حكم به لمعنى من المعاني ، فنزلت نازلة ليس فيها نص حكم ، حكم فيها حكم النازلة المحكوم فيها إذا كانت في معناها ، ^(١) .

فأنت تراه لا يشترط أن ينص الشرع على المعنى الجامع بين الأصل والفرع ، كما اشترط أن ينص على حكم الأصل ، واكتفى بأن تكون هناك مجرد دلالة في هذا الحكم أو في غيره من أحكام الله ورسوله أن الله إنما حكم بهذا الحكم لذلك المعنى ، وهذا هو استنباط العلة من النص إذا لم تكن العلة منصوفاً عليها .

والخلاصة أن القرافي إذا كان يعنى بالمصلحة المرسلّة جمع الفقيه بين الفرع والأصل ، وفرقه بينهما ، معتمداً في هذا الجمع وذلك الفرق على مجموع إبداء المناسبة بين المعنى الذي به جمع أو فرق ، وبين الحكم الذي رتبته الشارع

على هذا الوصف ، فإن هذا قياس ، العلة فيه تسمى مناسباً غريباً ، وهو الذى يقول فيه الغزالي : « ومناسب يشهد له أصل معين لكنه لا يلائم » ، ويرى أنه فى محل الاجتهاد ، ويوافقه الشافعى على ذلك .

وعلى كل حال فسواء سمي هذا مصلحة سرسلة أو مناسباً غريباً شهد له الأصل المعين دون ملائمة لجلس تصرفات الشرع ، وسواء أكان الأفضل أن يدخل تحت القياس ويكون نوعاً منه ، أم يخص باسم المصلحة المرسلة ، على أن يقصد بالإرسال عدم وجود النص أو الإجماع على أن عين هذا الوصف علة ، وهو المسمى بالتأثير ، فإن الشافعى رضى الله عنه يأخذ به وهو داخل عنده فى باب القياس .

وللقرائى الحق فى أن يطلق على القياس الذى وجد فيه الأصل المعين ، واستنبط الفقيه منه العلة ، اسم المصلحة المرسلة ، أما أن يدعى أن المالكية لا يقصدون بالمصلحة المرسلة إلا ذلك فهو مالا نوافقه عليه ، ذلك أننا رأينا أنه يدخل على الأقل فى المصلحة المرسلة ، المصلحة الملائمة ، أى التى لم يشهد النص فيها لعين المصلحة ، وإنما شهد لجلسها .

المطلب الرابع

الشوكانى ينسب إلى الشافعى القول بالمصالح الملائمة

ولقد تكلم الشوكانى فى « إرشاد الفحول » ، على مذاهب العلماء فى المصلحة المرسلة ثم قال : « الثالث : إن كانت ملائمة لأصل كل من أصول الشرع أو لأصل جزئى جاز بناء الأحكام عليها وإلا فلا . حكاه ابن برهان فى الوجيز عن الشافعى ، وقال إنه الحق المختار . قال إمام الحرمين ، ذهب الشافعى ومعظم أصحاب أبى حنيفة إلى تعليق الأحكام بالمصالح المرسلة بشرط الملائمة للمصالح المعتبرة المشهود لها بالأصول » (١) .

فكل من ابن برهان ، وإمام الحرمين ينسب إلى الشافعي القول بالمصالح الملائمة التي تدخل تحت أصل شهدت له النصوص ، وهما يتفقان على أن الشافعي إنما يقبل المصلحة التي تشهد لها الأصول الشرعية ، سواء شهد أصل جزئي لعين المصلحة ، أو شهد أصل كلي لجنسها ، ولقد سبق القول بأن معنى القياس عند الشافعي يشمل النوعين جميعاً ، فإذا اشترك الفرع مع الأصل في عين المعنى فهو المصلحة التي تشهد لها الأصل الجزئي ، وإذا اشترك الفرع مع الأصل في جلس المعنى فهو المصلحة التي تشهد لها الأصل الكلي . فقول الشافعي أن السارق يضمن المسروق وأن قطع قياساً على الغاصب ، بجامع الاعتداء في كل منهما ، مصلحة تشهد لها أصل جزئي ، هو نص تضمنين الغاصب ، وإذا قال إن الشريك يقتص منه ، كما يقتص من القاتل على التحقيق ، والجامع بين الأصل والفرع هو الزجر وعصمة الدماء ، فإن هذه مصلحة تشهد لها أصل كلي لم يؤخذ من نص واحد ، ولم يدل عليه دليل معين ، وإنما أخذ من جملة نصوص أفادت في مجموعها قصد الشارع إلى عصمة الدماء ، والزجر عن إتلاف النفوس .

ونرى أن كلا من ابن برهان وإمام الحرمين يحصران على التصريح بأن الشافعي إنما يعتبر المصلحة التي تشهد لها الأصل الشرعي ، سواء كان هذا الأصل أصلاً جزئياً ، بمعنى أنه يشهد لعين المصلحة بالاعتبار ، أم كان أصلاً كلياً ، بمعنى الأصل الذي يشهد لجلس المصلحة بالاعتبار ، وهذا يتفق مع حرص الشافعي دائماً على أن يؤكد أن الاجتهاد الصحيح إنما يكون بطريق القياس على الخبر اللازم كتاباً كان أو سنة ، وأن الخبر عين قائمة يتأخى معناها المجتهد ليصيبه ، فهو يقول : « والقياس ما طلب بالدلائل على موافقة الخبر المتقدم من كتاب أو سنة ، لأنهما علم الحق المفترض طلبه . . وموافقته تكون من وجهين :

أحدهما : أن يكون الله أو رسوله حرم الشيء منصوصاً ، أو أحله

لمعنى ، فإذا وجدنا ما فى مثل ذلك المعنى فيما لم ينص فيه بعينه ككتاب ولا سنة — أحلناه أو حرّمناه ، لأنه فى معنى الحلال والحرام^(١).

أو نجد الشيء يشبه الشيء منه ، والشيء من غيره ، ولا نجد شيئاً أقرب به شيئاً منهما ، فنلحقه بأولى الأشياء شيئاً .

فالذى يحرص عليه الشافعى دائماً هو أن يكون هدف الفقيه تطبيق النص وإصابته ، وذلك بإصابته عيناً ، إذا كان الخبر قد نص على الحكم ، أو بإصابته اجتهداً ، وذلك بالقياس على الخبر والفقيه إذ يهدف فى اجتهاده إلى تطبيق النص ، وذلك باستنباط علة الحكم من النص ، ثم نقل هذا الحكم لكل ما توافرت فيه هذه العلة ، الفقيه إذ يفعل ذلك يكون طالباً للنص ، موافقاً له ، وليس خارجاً عنه ، ولا مفتناً عليه فهو يقول^(٢):

« وإنما كان لأهل العلم أن يقولوا درن غيرهم ، لأن يقولوا فى الخبر اتباعه فيما ليس فيه الخبر بالقياس على الخبر . »

فكلامه هذا صريح فى أن قياس ما ليس فيه خبر على الخبر اتباع للخبر . وإنما كان عمل المجتهد بذل الجهد والاستعانة بدلالات العقل وغيره لإصابة العين القائمة وهو الخبر ، من كتاب أو سنة . وهو إذا قام بواجبه مستعيناً بالله مخلصاً له النية وجد لا محالة الخبر . إذ كل ما نزل بمسلم فقيه حكم لازم ، أو على سبيل الحق فيه دلالة موجودة ، لأن الله لم يترك الناس سدى ، ولم يأذن لهم فى القول فى دينه بالتلذذ ، وموافقة الطبع ومنافرتة ، وعلى المجتهد إذا كان فى النازلة بعينها حكم اتباعه ، وإذا لم يكن بعينها ، طلب الدلالة على سبيل الحق فيها بالاجتهاد ، والاجتهاد القياس^(٣).

(١) الرسالة ٤٠ : ١٢٣ ، ١٢٤ .

(٢) المرجع السابق ٥٠٥ .

(٣) المرجع السابق ٤٧٧ .

المطلب الخامس

الزنجاني ينسب القول بالمصالح الملازمة للإمام الشافعي
في كتابه تخريج الفروع على الأصول

وهذا فقيه من أعلام الشافعية هو أبو المناقب محمد بن أحمد الزنجاني
المتوفى في سنة ٦٥٦ ينسب كتابه تخريج الفروع على الأصول القول بالمصالح
المرسلة إلى الإمام الشافعي رضى الله عنه فيقول :

ذهب الشافعي رضى الله عنه إلى أن التمسك بالمصالح المستندة إلى كلى
الشرع ، وأن لم تكن مستندة إلى الجزئيات الخاصة المعينة جائز ،^(١).

ثم ذكر هذا الفقيه بعض الأمثلة التي أخذ فيها الشافعي بالمصلحة المرسلة
المستندة إلى كلى الشرع ، ثم ذكر حجة الشافعي في أخذه بهذا النوع من
المصالح . وأنا أذكر لك مثالا يتبين منه طريقة إجراء الاستدلال بالمصلحة
المستندة إلى كلى الشرع عند الشافعي ، ثم أذكر خلاصة الدليل الذي روى
الكاكاب أن الشافعي يستدل به على الأخذ بالمصالح .

١ - يقول^(٢) : وقتل الجماعة بالواحد من هذا القبيل عند الشافعي رضى
الله عنه ، فإنه عدوان وحيف في صورته ، من حيث إن الله تعالى قيد الجزاء
بالمثل فقال : « وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به » . ثم عدل أهل
الإجماع عن الأصل المتفق عليه لحكمة كلية ومصلحة معقولة . وذلك أن
المأثلة لو روعيت ههنا لأفضى الأمر إلى سفك الدماء المفوضى إلى الفناء ،
إذ الغالب وقوع القتل بصفة الشركة ، فإن الواحد يقاوم الواحد غالباً ، .
فعند ذلك يصير الحيف في هذا القتل عدلاً عند ملاحظة العدل المتوقع

(١) تخريج الفروع على الأصول ١٦٩ .

(٢) المرجع السابق ١٧٠ .

منه ، والعدل فيه جوراً عند النظر إلى الجور المتوقع منه . فقلنا : بوجوب القتل دفعاً لأعظم الظلمين بأيسرهما . وهذه مصلحة لم يشهد لها أصل معين في الشرع ، ولا دل عليها نص كتاب ولا سنة ، بل هي مستندة إلى كلى الشرع ، وهو حفظ قانونه في حقن الدماء ، مبالغة في حسم مواد القتل واستبقاء جنس الإنسان . .

فقتل الجماعة بالواحد - في نظر الشافعي - مصلحة ، وإن لم يشهد نص لعينها ، فإنها مصلحة ملائمة لجنس تصرفات الشرع ، وداخله تحت أصل كلى مأخوذ بالاستقراء من نصوص الشريعة ، لم يدل عليه نص معين ، وإنما اعتبره الشارع بغير نص معين . فأصل حقن الدماء أصل مقطوع به ، دلت عليه النصوص الشرعية .

وبيان ذلك أن النفس نهى عن قتلها ، وجعل قتلها موجباً للقصاص ، متوعداً عليه ، ومن كبائر الذنوب المقرونة بالشرك ، ووجب سد رمق المضطر ، ووجبت الزكاة والمواساة والقيام على من لا يقدر على إصلاح نفسه ، وأقيمت الأحكام والقضاة والملوك لذلك ، ورتبت الأجناد اقتتال من رام قتل النفس ، ووجب على الخائف من الموت سد رمقه بكل حلال وحرام من الميتة والدم ولحم الخنزير ، فعملنا من ذلك أن المحافظة على النفس وحقن الدماء مصلحة اعتبرها الشارع وشهدت لها نصوصه في الجملة بغير دليل معين ، وأن هذا الأصل كلى من السكليات الشرعية المستنبطة وعام أخذ بالاستقراء المفيد للقطع من نصوص الشريعة ، كما أن العام المأخوذ بالاستقراء مع العام المستفاد من الصيغة في مرتبة واحدة في الحجية .

٢ - دليل الشافعي على اعتبار المصالح المستندة إلى كلى الشرع :

ولقد ذكر الزنجاني دليل الشافعي على الأخذ بالمصلحة السالمة

والمستندة إلى كلى شرعى ، كطريق من طرق الاستدلال بالنصوص فقال (١): « واحتج في ذلك ، بأن الوقائع الجزئية لا نهاية لها ، وكذلك أحكام الوقائع ، لا حصر لها ، والأصول الجزئية التى تقتبس منها المعانى والعلة محصورة متناهية ، والمتناهى لا يعنى بغير المتناهى . فلا بد إذن من طريق آخر ، يتوصل به إلى إثبات الأحكام الجزئية ، وهو التمسك بالمصالح المستندة إلى أوضاع الشرع ومقاصده على نحو كلى وإن لم يستند إلى أصل جزئى . »

ولقد أشار الشافعى فى الرسالة إلى هذا المعنى ، فلقد صرح بأن كل نازلة تنزل بمسلم فقيها حكم لازم ، ثم قرر أن هذا الحكم اللازم ليس منصوصاً عليه دائماً ، بل إنه قد يكون غير منصوص عليه ، وحينئذ فيجب على المجتهد أن يبحث عنه ، وذلك بقياسه على حكم منصوص عليه ، غير أن الواقعة المراد معرفة حكمها قد لا تشارك الواقعة المنصوص عليها فى عين العلة أو المعنى أو المصلحة الجزئية ، وحينئذ فلا بد من التسليم بقياس هذه النازلة على نازلة أخرى ، إذا كان المعنى الذى فى النازلة الجديدة مثلاً للمعنى أو المصلحة الموجودة فى النازلة المنصوص على حكمها ، أو بعبارة أخرى إذا كانت المصلحة الموجودة فى الفرع من جنس المصلحة الموجودة فى الأصل ، وليست من نوعها ، وإذا آل الأمر إلى ذلك ، فإن جنس المصلحة الذى اشترك فيه الأصل والفرع هو الأصل السكلى أو كلى الشرع ، أو المقصد الشرعى كما يسميه الزنجافى .

فحفظ النفس وحقق الدماء أصل كلى أخذ من نصوص شرعية كثيرة . فإذا أردنا أن نعرف حكم القصاص فى الشريك ، وهى نازلة غير منصوص على حكمها ، فإننا لا نجد أصلاً مشترك معه فى عين المصلحة أو عين العلة .

ولكننا نجد أن هناك أصلاً هو قتل القاتل، يشترك معه في جنس المصلحة،
ففي القصاص من الشريك، كما في القصاص من الأصل حقن للدماء وحفظ
للنفوس.

ومالنا نذهب بعيداً وكل أصول الفقه، وقواعد الاستدلال التي
وضعها الشافعي لتكون قوانين حاكمة يرجع إليها المجتهد في الاستنباط هي
من هذا القبيل، أي كليات شرعية لم تؤخذ من دليل واحد، ولا ترجع إلى
أصل معين، وإنما أخذت من النصوص الشرعية بطريق الاستقراء المفيد
للقطع، ومن هذه القواعد قاعدة حجية القياس نفسه، وقاعدة ترتيب
الأصول الشرعية في الاستدلال، وغير ذلك من القواعد. وسوف نفصل
القول في ذلك بعد قليل إن شاء الله تعالى.

والذي يجب التنبية عليه أن الشافعي إذ يأخذ بالمصالح المستندة إلى كلى
الشرع، لا يفرق بين العادات والعبادات كما يفعل المالكية، فما دامت القاعدة
العامّة أو الأصل الكلي قد ثبت عنده، فإنه يرجع إليه ويعتمد عليه في
التفريع، إذ المجتهد قد توصل إلى هذا الكلي المعقول من نصوص الشريعة.
ولهذا رأينا الزنجاني يذكر من المصالح المرسلة عند الشافعي التفرقة بين
العمل القليل والكثير ويقول إن هذه التفرقة تستند إلى كلى الشرع،
ولا ترجع إلى نص معين فيقول^(١): «قال الشافعي رضي الله عنه: حد العمل
الكثير ما إذا فعله المصلي اعتقده الناظر إليه متحلاً من الصلاة وخارجاً
عنها، كما لو اشتغل بالحياطة والكتابة وغير ذلك. والعمل القليل ما لا يعتد
الناظر مرتكبها خارجاً عن الصلاة كتسوية ردائه ومسح شعره. وليس
لهذا التقدير أصل خاص يستند إليه وإنما استند إلى أصل كلى وهو أنه قد
قرر في متطلبات الشرع، أن الصلاة مشروعة للخشوع والخضوع. فإدام

الإنسان على هيئة الخشوع ، يعد مصلياً ، وإذا انخرم ذلك لا يعد مصلياً .
فهذا مثال يدخل في باب العبادات ولكن المصلحة فيه معقولة ويمكن
للفقيه التعرف عليها من نصوص الشرع في الجملة وإن لم يأخذها من نص
معين .

وقد رأينا الشاطبي يقصر نطاق المصالح المرسلة على العادات دون
العبادات ، ويصرح بأن مالكمأ في العبادات يتبع النص المعين ، ولا يتبع
المصالح . مقررأ قاعدة مؤداها أن الأصل في العبادات التبعيد دون الوقوف
على المعاني ، والأصل في العادات اتباع المعاني دين التبعيد .

وطريقة الشافعي أ كثر اتفاقاً مع المنطق ، إذ ما دام المجتهد قد توصل
إلى كلى شرعى من استقرائه لنصوص الشريعة فعليه أن يطبق هذا الكلى
على الجزئيات لا فرق بين عادة وعبادة ، إذ القرض أن المجتهد لا يتوصل
إلى المقصود الشرعى إلا بعد أن يفهم الحكم والمعاني والعلل من النصوص
التي أخذت في استقراء الأصل الكلى . فإذا قلنا إن معنا أصلاً كلياً وجب
تطبيقه ، إذ لا يوجد هذا الأصل إلا وقد فهمنا وعقلنا العلل والحكم
والمعاني .

المطلب السادس

القول بجواز القياس في الأسباب يعنى القول بالمصالح المرسلة
ينسب جمهور الأصوليين إلى الشافعي رضى الله عنه أنه يرى جواز
القياس في الأسباب ، فإذا جعل الشارع القتل سبباً للقصاص من القاتل ،
وفهمنا أن العلة في جعل القتل سبباً للقصاص هي الزجر عن القتل حقناً
للدماء ، ثم وجدنا أن قتل الشريك يحقق هذه الحكمة ، فإننا نفيس
الاشتراك على القتل ونجعل الاشتراك سبباً للقتل كما جعل الشارع القتل
سبباً للقصاص والجامع بينهما أن في كل منهما زجراً وحقناً للدماء .

وهذه الطريقة من طرق الاستدلال تتفق مع المصلحة المرسله من قاحية ، وهى تعليل بالحكم والمصالح من ناحية أخرى .

أما أنها تتفق مع المصالح المرسله فى النتيجة فذلك لأن مآل قياس الاشتراك فى القتل على القتل حقيقة ، الاستناد إلى مصلحة كلية ، هى مصلحة حفظ النفوس وحقن الدماء ، ومآل قياس النباش على السارق الاستناد إلى مصلحة كلية هى حفظ المال . وهذا يؤيد ماسبق أن قلناه من أن كل مصلحة ملائمة يمكن فيها إجراء القياس ، على أن يكون الاشتراك بين الأصل والفرع فى جنس الحكم لا فى عينه ، فالاشتراك بين الشريك والقاتل فى جنس المصلحة لا فى عينها ، وكذلك فى النباش .

وأما أن القياس فى الأسباب هو تعليل بالحكم والمصالح الكلية الملائمة لتصرفات الشارع فلأن الفقه إذا قاس الاشتراك فى القتل على القتل نفسه ، فإن العلة الجامعة بينهما هى الزجر وحقن الدماء ، أى الحاجة إلى الزجر وحقن الدماء . وهو تعليل بالمصلحة الملائمة لجنس تصرفات الشرع ، إذ ملائمة حقن الدماء والزجر عن إتلاف النفوس عرفت لا من نص واحد ولا من أصل معين ، ولكن من جملة نصوص تفوق الحصر ، وتقيد بمجموعها مراعاة الشارع لهذه المصلحة والاتفات إليها فى التشريع .

وبذلك تلتقى الطرق الثلاث فى الهدف والغاية ، وإن اختلفت فى الاسم وطريقة الاستدلال . فالتعليل بالحكمة والمصلحة ، والقياس فى الأسباب ، والمصلحة المرسله ، أسماء لمعنى واحد ، فهى طرق استدلال متلازمة ، يلزم من القول بأحدها القول بالآخر ، فإذا أجزنا القياس فى الأسباب فمعنى هذا أن العلة الجامعة بين السببين هى المصلحة والحكمة ، كالجامع بين الشريك والقتل ، والنباش والسارق ، والتعليل بالمصلحة هو القول بالمصالح المرسله ، إذ هذه المصالح مصالح ملائمة لجنس تصرفات الشرع .

ولذلك نجد الشافعية يمثلون هذه الطرق الثلاثة بأمثلة واحدة . وإليك

عبارات بعض الشافعية فى هذا :

(١) الغزالي :

يقول الغزالي في المستصفي (١) : « كل حكم شرعي أمكن تعليله فالقياس جار فيه ، وحكم الشرع نوعان : أحدهما نفس الحكم والثاني نصب أسباب الحكم . . والدليل على جواز ذلك اتفاق عمر وعلى رضى الله عنهما على جواز قتل الجماعة بالواحد ، والشرع إنما أوجب القتل على القاتل ، والشريك ليس بقاتل على السكال ، لكنهم قالوا : إنما اقتص من القاتل لأجل الزجر وعصمة الدماء ، وهذا المعنى يقتضى إلحاق المشارك بالمنفرد . ونريد على هذا القياس ونقول : هذه الحكمة جريانها في الأطراف كجريانها في النفوس فيصان الطرف في القصاص عن المشارك كما يصان عن المنفرد ، وكذلك نقول يجب القصاص بالجراح لحكمة الزجر وعصمة الدماء والقاتل في معنى الجراح بالإضافة إلى هذه العلة . . فهذه تعليلات معقولة في هذه الأسباب لافرق بينها وبين تعليل ولاية الصغر بالعجز ، ومنع الحكم بالغضب . »

فالغزالي إذن يقول بجواز التعليل بالحكم والمصالح كنتيجة حتمية لقوله بجواز القياس في الأسباب إذ الشارع إنما يجعل الشيء سبباً لحكمة ومصلحة فإذا ما وجدت هذه المصلحة في أمر آخر أحققناه بالسبب المنصوص ، لا اشتراكه معه في الحكمة والمصلحة . بل إن الغزالي يصرح بأننا إذا أجرينا هذا النوع من القياس « تعدينا إلى إيقاع الحكم والتعليل بها فإننا استأنفنا بالحكمة إلا المصلحة المخيلة المناسبة » (٢) .

فهو يقرر جواز القياس في الأسباب ، ثم يسلم أن ذلك يؤدي إلى التعليل بالحكم ، ثم يذكر هذه الحكم والمصالح فإذا بها مصالح ملائمة لجسds تصرفات الشارع ، بل والأمثلة التي ذكرها للقياس في الأسباب ،

(١) المستصفي ١ ص ٣٣٢ .

(٢) المرجع السابق ص ٣٣٣ .

والتعليل بالحكم والمصلحة المرسله واحده ، ومنها قتل الجماعة بالواحد .
فقد ذكر هذا المثال في شفاء الغليل للمصلحة المرسله ، ثم ذكره هنا للقياس
في الاسباب والتعليل بالحكم .

(ب) الزنجاني :

ومثل صنيع الغزالي يفعل الزنجاني في كتابه تخريج الفروع على الأصول
حيث يقول (١) : « لا مانع من إجراء القياس في أسباب الأحكام عند
الشافعي رضي الله عنه ، وذهب الحنفية وطائفة من أصحاب الشافعي إلى
منع ذلك » .

ثم يذكر الزنجاني دليل الشافعي على الجواز ، ويرد شبه المعارضين ثم
يقول ويتفرع على هذا الأصل مسألتان :

إحدهما : أن السيد يملك إقامة الحد على مملوكه ، إلحاقاً لولاية السيادة
الخاصة بولاية الإمامة العامة ، نظراً لإيجاد المقصود ، وأن يختلف
السيبان صورة .

الثانية : أن شهود القصاص إذا رجعوا ، وقالوا نعدنا ، وقتل المشهود
عليه ، يجب عليهم القصاص عندنا قياساً للشهادة الباطلة على الإكراه بجامع
السبب .

والزنجاني وهو يستدل للشافعي على جواز القياس في الاسباب ، ويرد
على شبه المخالفين يذكر لنا مثالا ثالثاً فيقول : « والثاني : أنا نستدل على
جواز ذلك بإجماع الصحابة رضوان الله عليهم ، حيث ألحقوا الشرب بالقذف
في إيجاب الثمانين وهما سيبان مختلفان » .

(١) تخريج الفروع على الأصول ص ١٦٣ .

فهذان الفقهاء ، ينسبان إلى الشافعى القول بالقياس فى الأسباب ، ثم يستدلان له على صحة هذا القياس ، ويردان على شبه المخالفين ، ثم يمتلان له بأقيسة هى من المصالح المرسلة ، كإلحاق الشرب بالقذف ، وقتل الجماعة بالواحد ، وقتل الشاهد الذى تعتمد الكذب .

فإذا صح أن الشافعى يرى هذا النوع من القياس حجة فهو قائل لا محالة بالمصلحة الملائمة لجنس تصرفات الشرع ، لأن الوصف الجامع بين الأصل والفرع فى قياس الأسباب هو حكمة ومصلحة ملائمة وداخلة تحت جنس اعتبره الشارع فى الجملة .

ونحن إذا رجعنا إلى ما قاله الشافعى فى الرسالة نجد أن ما قاله الفقهاء الشافعيان يمثل مذهب الشافعى تماماً . ذلك أن نصب الشيء سبباً لشيء آخر حكم شرعى ، وبعبارة أخرى جعل الشيء علة ومناطاً للحكم هو من عمل الشارع ، لا يعرف إلا منه .

والشافعى يرى أن كل حكم لله أو لرسوله ، تعرف المجتهد على المعنى الذى حكم به لأجله ، ثم وجد هذا المعنى فى نازلة أخرى ، فإن المجتهد يحكم فى النازلة الأخرى بالحكم المنصوص ، فيقول (١) : وكل حكم لله أو لرسوله وجدت عليه دلالة ، فيه أو فى غيره من أحكام الله ورسوله ، بأنه حكم به لمعنى من المعانى ، فنزلت نازلة ليس فيها نص حكم ، حكم فيها حكم النازلة المحكوم فيها إذا كانت فى معناها .

فالشافعى يطلق الحكم دون أن يقيد بالحكم التكليفى دون الوضعى ، وبذلك يكون الشافعى قائلاً بأن جعل القتل سبباً للقصاص حكم شرعى لله ، فإذا وجد المجتهد أن الشارع إنما حكم بجعل القتل سبباً للقصاص زجراً عن

قتل النفس ، وحقناً للدماء ، ووجد أن هذا المعنى موجود في المشارك ،
والمكره ، وشاهد الزور ، فإنه يحكم بأن كل هذه أسباب للقصاص مادامت
في معنى القتل ، من حيث إنه يترتب على كل من هذه الأسباب حقن الدماء ،
وصيانة الأرواح .

ومن ناحية أخرى ، فقد أطلق الشافعي المعنى الذي يكون به الاشتراك
بين الأصل والفرع فلم يقبده بالنوع دون الجنس ، وبذلك يسوى بين حالتين :
حالة ما إذا اشترك الفرع والأصل في عين المعنى ، وحالة ما إذا كان الاشتراك
في جنس المعنى ، ففي الأصل قد يكون ما في علته من معنى يغير ما في علة
الفرع ، ولكن القياس جائز مادام يجمع علة الفرع والأصل جنس واحد .
وهذا هو الشأن في المصالح المرسلة .

والخلاصة أنه يؤخذ من تعريف الشافعي للقياس في رسالته أن ماحك
الأصوليون عنه من القول بأنه يقيس في الأسباب أو في الأحكام الوضعية ،
كما يقيس في الأحكام التكليفية — صحيح تحتمله عبارة الشافعي نفسه ، وإذا
كان مآل القياس في الأسباب التعليل بالمصالح أو الأخذ بالمصالح المرسلة
فإن الشافعي يكون قائلاً بالمصالح الملائمة لجنس تصرفات الشارع . مع
ملاحظة أن وجود الأصل لا يمنع من أن الاستدلال يكون مرسلًا مادام
الأصل لا يشهد لعين المصلحة وإنما يشهد لجنسها ، بالاعتبار ، فقد عرفنا
أن الأصل موجود في كل من القياس والمصالح المرسلة ، وأنه لا يحل القول
بغير الأصل أبداً ، لأنه استحسان وتشريع بالرأى والتشهي .

المطلب السابع

إمام الحرمين ينسب إلى الشافعي الأخذ بالمصالح

إذا كانت شبيهة بالمعتبرة

لقد تعرض إمام الحرمين في كتابه «البرهان» إلى بحث المصالح المرسلة ،

وبيان مذاهب العلماء في جواز الأخذ بها ، فقال إن الشافعي يأخذ بالمصالح المرسلة إذا كانت شبيهة بالمصالح المعتبرة . ثم أقام الأدلة على مذهب الشافعي فقال : « وأما الشافعي فقال . أنا نعلم قطعاً أنه لا تخلو واقعة من حكم الله تعالى معزى إلى شريعة محمد صلى الله عليه وسلم ... » .

« والذي يقع به الاستدلال ههنا أن الأئمة السابقين لم يخلوا واقعة مع كثرة المسائل وازدحام الأقضية والفتاوى . من حكم الله تعالى ، ولو كان ذلك ممكناً لكان يقع ، وذلك مقطوع به ، أخذاً من مقتضى العادة . وعلى هذا علمنا بأنهم رضوا الله عنهم استرسلوا في بناء الأحكام استرسال وانق باسئباطها متصد لاثباتها فيما يعين ويسنح ، متشوف إلى ما سبق ، ولا يخفى على المنصف أنهم كانوا يفتون فتوى من تقسم الوقائع عنده إلى ما يعرى عن حكم ، وإلى ما لا يعرى عنه . فإذا تبين ذلك بلينا عليه المطلوب وقلنا :

« لو انحصرت مآخذ الأحكام في المنصوصات والمعاني المستثارة منها لما اتسع باب الاجتهاد ، فإن المنصوصات ، ومعانيها المعززة إليها لا تقع من متسع الشريعة غرفة من بحر » .

« ثم عند الشافعي هذا بأن قال : « من سير أحوال الصحابة رضوا الله عنهم ، وهم القدرة والأسوة في النظر ، لم نجد واحداً منهم يعمد إلى تمهيد أصل واستثارة معنى ، ثم بناء الواقعة عليه ، ولكنهم يخوضون في وجوه الرأي من غير التفات إلى الأصول كانت أو لم تكن » .

ثم قال إمام الحرمين . « وما يتمسك به الشافعي رضي الله عنه أنه يقول : إذا استندت المعاني إلى الأصول فالتمسك بها جائز ، وليست الأصول وأحكامها حججاً ، وإنما الحجج في المعنى ، ثم المعنى لا يدل بنفسه حتى يثبت بطريق ، وأعيان المعاني ليست منصوصة ، وهي المتعلقة ، فقد خرجت المعاني عن ضبط النصوص ، وهي متعلق النظر والاجتهاد ، ولا حجة في

انتصابها إلا تملك الصحابة رضى الله عنهم بأمثالها . وما كانوا يطلبون الأصول في وجوه الرأى فان كان الاقتداء بهم فالمعاني كافية ، وإن كان المتعلق الأصول فهى غير دالة ومعانيها غير منصوصة .

ثم قال : « ومن تتبع كلام الشافعى لم ير متعلقاً بأصل ، ولكنه ينوط الأحكام بالمعاني المرسلّة ، فإن عدمها التفت إلى الأصول مشبهاً كدأبه إذ قال طهارتان فكيف تفتقران . »

ثم بين اشتراط الشافعى في المصالح أن تكون شبيهة بالمصالح المتبعة فقال : « وقد ثبتت أصول معللة انفق القائلسمون على علمها ، فقال الشافعى : اتخذ تلك العلل معتصمى ، وأجعل الاستدلالات قريبة منها ، وإن لم تكن أعيانها ، حتى كأنها مثلاً أصول والاستدلال معتبر بهما ، واعتبار المعنى بالمعنى تقريباً أولى من اعتبار صورة بصورة بمعنى جامع ، فإن متعلق الخصم من صورة الأصل معناها لا حكمها ، فإذا قرب معنى المجتهد ، والمستدل فيما يجتهد ، إلى الشرع ولم يردّه ، أصل كان استدلالاً مقبولاً ،^(١) .

والذى يؤخذ من كلام إمام الحرمين أمور :

أولها : أنه لا تخلو واقعة عن حكم لله قطعاً ، وبما يؤيد هذه الدعوى أن الأئمة السابقين لم تعرض عليهم واقعة فوقفوا عن بيان حكم الشرع فيها ، ولو حصل ذلك منهم لنقل .

ثانيها : وإذا كان هؤلاء الأئمة قد أعطوا لكل واقعة حكماً فإننا نقطع بأنهم اعتمدوا على طريقة الاستدلال المرسل . ذلك أن النصوص ، والمعاني الجزئية المأخوذة منها ، لا تكفى لمقابلة كل ما يجد من الحوادث إلى

(١) راجع البرهان لإمام الحرمين ، مصور بدار الكتب المصرية تحت رقم ١٧٥ هـ ج ٢ لوجه ٣٣٠ ، ٣٣١ ، وراجع النحول للقرائى ورقه ١٣١ ، ١٣٣ بدار الكتب تحت رقم ١٨٨ حيث ذكر خلاصة هذه الأدلة عند الاستدلال على المصالح المرسلّة .

لا تنقضى . فكان لابد من الاعتماد على المعاني الكلية المأخوذة من جملة نصوص ، وتطبيق هذه الكليات على الوقائع الجديدة . فالذى يعنيه إمام الحرمين هو أن المجتهد لا يمكنه أن يأخذ الحكم من لفظ النص ، ولا من معقول نص واحد يكون دليلاً على اعتبار عين المعنى ، فى كل الحالات ، وإذن فلا بد من اللجوء إلى أخذ الحكم من معقول جملة نصوص ومجموعة أدلة ، وهو الأصل الكلى أو المصلحة المرسله ، فالذى يقصده من عدم كفاية النصوص والمعاني المستثارة منها ، هو عدم كفاية المعاني الجزئية ، أو المصالح التى تدل النصوص على اعتبار أعيانها . لعدم كفاية النصوص مطلقاً .

ثالثاً: أن الشافعى يعضد استدلاله بأن الصحابة رضى الله عنهم ما كانوا يذكرون نصاً لكل حكم أفتوا به ، ولا مصلحة شهد النص لعينها ، بل كثيراً ما كانوا يلجأون إلى الاعتماد على المصالح التى لا يشهد لها النص المعلن ، والتى تشهد النصوص لجنتها جملة . فقله أن أحداً من الصحابة لم يكن يعتمد إلى تمهيد أصل واستثارة معنى ثم بناء الواقعة عليه ، يعنى — والله أعلم — الأصل الذى يدل على الحكم نصاً ، أو المعنى الجزئى ، الذى يشهد النص لعينه ، لا مطلق الأصل والمعنى ، وإلا فإن الصحابة رضى الله عنهم كانوا يفتون على الأصول التى شهدت لجنتها المصلحة التى يستندون إليها فى الفتوى بمصلحة جزئية ، وإن كانوا لا يذكرون هذه الأصول ، وذلك لمعرفة الصحابة ، وقد تذوقوا الشريعة ، بمثل هذه الأصول . فالذى يقصده إمام الحرمين أن الصحابة ما كانوا يذكرون الأصل الذى يدل لفظاً على الحكم ، وما كانوا يلجأون إلى بيان مصلحة جزئية من نوع المصلحة التى يفتون بها ، وإنما كانوا يكتفون بالمصلحة الكلية .

رابعاً: أن النصوص لا تراد إلا لمعانيها ، والمعانى ليست جميعها منصوطة على سبيل التعمين ، ولذا لا يمكن التمسك بالنصوص وحدها .

أوالأصول بمفردها ، لأنها غير وافية من حيث الدلالة على حكم كل واقعة بعينها ، ومعانيها الجزئية لا تنفي بهذا أيضاً ، وإذن فلا بد من الاستمسك بالمعاني الكلية التي لا ترجع إلى أصل معين ، ولا تستند إلى نفس واحد .
وهي المصالح المرسلة .

خامساً : يصرح الشافعي أنه لا يستدل بعين العلة فقط ، ولكنه يجعل استدلاله قريباً وشبهياً بها ، ومعنى هذا أنه يستدل بجنس المصلحة الملازمة . ولا يكتفي بعين المصالح . وأن لاعتبار المعنى بالمعنى تقريباً أولى من اعتبار صورة بصورة بمعنى جامع ، أي أنه يقيس في المصالح نفسها فيقول هذه مصلحة تشبه هذه المصلحة وتدخل معها تحت جنس واحد ، فنقول بها ، مادام الشارع قد اعتبر المصلحة المقيس عليها . وهذا هو الاستدلال المرسل الذي يعتمد على اشتراك الأصل والفرع في جنس العلة لا في عينها ، ففي الأصل مصلحة تغاير المصلحة التي في الفرع ، ولكنهما من جنس واحد . ويرى الشافعي أن قياس مصلحة على مصلحة ، لدخولها تحت مصلحة كلية ، أولى من قياس محل على محل لمعنى جامع بينهما ، أي أن قياس المصالح أقوى من القياس الذي يشترك فيه النوع مع الأصل في عين المصلحة .

سادساً : أن المصلحة المرسلة إنما يحتج بها إذا لم يرد لها أصل . فإن ردها أصل لم تكن مصلحة معتبرة تبنى الأحكام على مثلها .

المطلب الثامن

الشافعي يستدل بالمصالح أو المعاني المستندة إلى كلى الشرع
في استنباط القواعد الأصولية

إن الدارس لرسالة الشافعي في الأصول يرى أن الشافعي اتبع طريقة الاستدلال المرسل في التدليل على القواعد الأصولية التي يعتمد عليها الفقيه في الاستنباط .

ومعنى هذا أن الشافعي يقرر القاعدة العامة أو الأصل الكلى الذى يفرع على أساسه ، ويقيد نفسه به فى الاستنباط ، ثم يستدل على هذا الأصل بأدلة لا يستقل كل واحد منها على انفراد ، بالدلالة على صحة الأصل ، ولكن الأدلة فى مجموعها تجتمع على هذا المعنى حتى تفيد فيه القطع ، وبذلك لا يرجع الأصل إلى نص معين ، ولا يؤخذ من دليل خاص ، وإنما يؤخذ بالاستقراء من جملة نصوص تضافرت على معنى واحد أفادت فيه القطع .

وهذه الحقيقة قد قررها الشاطبي حينما قال إن الشافعي يرى أن كل أصل كلى شرعى لم يشهد له نص معين وكان ملائماً لتصرفات المشرع ومأخوذاً معناه من أدلته ، فهو صحيح يبنى عليه ، ويرجع إليه ، إذا كان ذلك الأصل قد صار بمجموع أدلته مقطوعاً به ، لأن الأدلة لا يلزم أن تدل على القطع بالحكم بانفرادها دون انضمام غيرها إليها : ثم قرر أن أصل الاستدلال المرسل الذى اعتمده الشافعي يدخل تحت هذا ، فإنه وإن لم يشهد للفرع أصل معين . فقد شهد له أصل كلى ، والأصل الكلى إذا كان قطعياً قد يساوى الأصل المعين ، وقد يرى عليه بحسب قوة الأصل المعين وضعفه .

وعلىنا الآن أن نمثل لهذا من كلام الشافعي نفسه .

١ - من الأصول التي قررها الشافعي فى رسالته أن القياس حجة

شرعية ، فما دليل هذه القاعدة ؟

يرى الشافعى أن الدليل على جواز القياس هو الأصل السكلى الذى اعتبره الشارع وفرع الفروع على وفقه ، وسار على أساسه فى التشريع . ذلك الأصل هو أن الشارع إذا أوجب على المكلف فعل شئ ، فإن أمكن المكلف أن يصيب عين المكلف به فعليه أصابته ، وإن تعذر عليه ذلك سلك طريق الاجتهاد للوصول إلى المطلوب ، وفى الحالة الأولى يصيب المكلف المطلوب عيناً ، أى فى الظاهر والباطن ، وفى الثانية يصيب المطلوب اجتهاداً .

والشارع أوجب على المكلف اتباع الخبر ، كتاباً أو سنة ، فإذا أمكن المجتهد أن يتبع الخبر عيناً ، وذلك فى حالة ما إذا كان الحكم منصوصاً عليه ، وجب عليه أتباعه ، وإذا لم يمكنه ذلك ، وذلك فى حالة ما إذا لم يكن الخبر قد نص على الحكم عيناً ، وجب عليه الاجتهاد بوسائله بقصد الوصول إلى الخبر ، وذلك ظناً لا عيناً .

وإذن فالعمل بالقياس راجع إلى أن على المجتهد أن يصيب المطلوب عيناً على سبيل القطع فى الظاهر والباطن إذا كان ذلك له ممكناً ، وإلا اكتفى بالاجتهاد بقصد الوصول إلى المطلوب ، وهذا الاجتهاد يودى إلى الوصول إلى المطلوب فى الظاهر دون الباطن .

هذا وجه اندراج القياس تحت هذا الأصل السكلى ، فما الدليل على صحة هذا الأصل ، أو بعبارة أخرى ما الدليل على أن المكلف يلزم بإصابة الحق أو العين المطلوبة إما عيناً وإما اجتهاداً ؟

استدل الشافعى على ذلك بأدلة ثلاثة تفيد فى مجموعها صحة الأصل ، واعتبار الشارع له ، وذلك بالالتفات إليه فى التشريع ، وأتباعه فى تفريع الأحكام ، وهذه الأدلة قد وردت فى معان مختلفة الجهات ، لا يدل كل

واحد منها بعينه على صحة العمل بالقياس ، ولكنها إذا أخذت مجتمعة أفادت هذا المعنى بطريق القطع .

الدليل الأول : أن الشارع أمر المكلف بالتوجه إلى الكعبة ، فإذا أمكن المكلف إصابة عين الكعبة ، كان آنياً بالمطلوب عيناً ، أى في الظاهر والباطن ، وليس له أن يترك التوجه إلى عين الكعبة مادام يستطيع ذلك بالنظر إليها ، أى لا يترك علم الإحاطة في الظاهر والباطن إلى علم الظاهر فقط . وإذا لم يمكن المكلف التوجه إلى الكعبة على سبيل الإحاطة في الظاهر والباطن ، وذلك إذا كان غائباً ، فإنه لا يجوز له أن يتوجه حيث شاء بل عليه أن يسلك طرق الاجتهاد مستعيناً بالعقل الذي وهبه الله ، والدلالات التي يصحبها للتعرف على جهة القبلة ، من جبال ونجوم وغيرها . وهو إذا فعل ذلك كان مؤدياً الواجب ومصيباً الحق المطلوب في الظاهر الذي كلف به .

فهذا الدليل يفيد أن المكلف مطلوب منه أن يصيب المطلوب عيناً عند الإمكان ، واجتهاداً عند عدم الإمكان . وهذا هو الشأن في القياس ، فالخبر من الكتاب أو السنة هو العين القائمة التي يطلب من المجتهد إصابتها ، وذلك إذا كان الحَكَم منصوصاً عليه ، وهذا الإصابة للحق في الظاهر والباطن ، وإذا لم يمكنه إصابة الخبر عيناً ، وذلك إذا لم يكن حكم الخبر منصوصاً عليه فإن على المجتهد أن يلجأ إلى طرق الاجتهاد ، مستعيناً بالعقل الذي منح ، والدلالات التي ترشد إلى طريق الوصول إلى الخبر ، وذلك كما إذا وجد حكماً لله أو لرسوله ، ووجد عليه دلالة ، فيه ، أو في غيره من أحكام الله ، بأنه حكم به لمعنى من المعاني ، ثم نزلت نازلة ليس فيها نص حكم ، فإنه يحكم فيها حكم النازلة المنصوص عليها . والمجتهد إذا قام بهذا النوع من الاجتهاد فإنه يصيب الخبر في الظاهر دون الباطن .

ويلاحظ أن هذا الدليل يتعلق بالتوجه إلى القبلة والاجتهاد فيها ، وليس بالحقاق غير المنصوص بعلة جامعة ، ولـكنه يفيد معنى طلب العين بالاجتهاد إذا لم يتمكن المكلفون من الوصول إليها بطريق اليقين ، وهذا المعنى موجود في القياس . فإنه اجتهد في طلب عين قائمة ، هي الخبر كتاباً أو سنة .

الدليل الثاني : أن الله تعالى أمر بإشهاد العدل فقال : « وأشهدوا ذوي عدل منكم » ، وقال : « ممن ترضون من الشهداء » ، وبين على الجملة أن العدل هو العامل بطاعته . وترك للحكام الاجتهاد في تعيين العدل . وهم لا يستطيعون أن يصلوا إلى الحق عيناً في هذا ، فقد يكون الشخص عدلاً في الظاهر وغير عدل في الباطن ولـكنهم كلفوا بما يمكنهم . وهو اتباع الدلائل الموصلة ظناً إلى التعرف على عدالة الشاهد . فالعين القائمة أو الحق المطلوب هو إشهاد العدل ، وفي هذه الصورة لا يمكن الوصول إلى العدل على الإحاطة في الظاهر والباطن ، كما أمكن ذلك في القبلة ، لمن كان حاضر المسجد الحرام لكن الممكن فيه هو الاجتهاد باتباع الدلائل والإمارات التي تفيد أن الشاهد عدل في الظاهر دون الباطن ، وهذا كاف في خروج الحاكم عن العهدة إذ لم يكلف بإصابة العدل في الباطن والظاهر ، لأن هذا غير مقدور عليه .

والشأن في القياس هكذا ، فإن المطلوب من المجتهد إصابة الخبر من الكتاب أو السنة . فهما علم الهدى الذي يبتغى المجتهد طلبه ، وقد يمكن إصابة هذا الحق واتباع الخبر يقيناً وإحاطة في الظاهر والباطن ، وذلك إذا كان في الواقعة نص حكم لله أو لرسوله ، ولـكن قد لا يمكن المجتهد ذلك في حالة ما إذا لم يكن في النازلة نص حكم ، وبذلك لا يمكنه اتباع الخبر عيناً ، ولـكنه في هذه الحالة لا يحكم بما شاء ، بل عليه أن يجتهد ويتبع الدلائل بقصد الوصول إلى الخبر واتباعه ، وهو إذا اجتهد وقاس فإنما يكون متبعاً للخبر لا عاملاً برأيه ، ومثل هذا اتباع في الظاهر لا الباطن ، وهو لازم ، وكاف في نفس الوقت ، ومعنى هذا أنه لا بد للمجتهد أن يتحرى الدلائل

للوصول إلى الخبر ولا يحل له أن يقول بما شاء ، كما لم يحز للغائب عن القبلة أن يتوجه إلى الجهة التي شاء دون اجتهاد منه واتباع للدلائل الموصلة إلى القبلة في الظاهر ، وكما لم يحز للحاكم أن يقبل شهادة أى فرد شاء دون أن يجتهد في التعرف على العدالة بالدلائل والإمارات التي تدل عليها في الظاهر . ومن ناحية أخرى ، فإن المجتهد إذا اتبع الدلائل الموصلة إلى العمل بالخبر وذلك ، بطريق الحمل على الخبر ، يكون عاملاً بالخبر متبعاً له في الظاهر ، وذلك كاف في التكليف ، حيث كان هو الممكن في مثل هذه الحالة . فكل نازلة تنزل لابد أن يكون فيها حكم لازم لله أو لرسوله ، لأن الله لم يترك الناس سدى ، دون أمر أو نهى . ولأن الدين قد كمل ، والشرعة قد تمت ، فكيف يمكن القول بأن واقعة تنزل ببني الإنسان وليس لله فيها حكم ؟ وإذا كانت كل نازلة فيها حكم ، ووجدنا أنه ليس واقعاً أن يكون في كل نازلة نص حكم ، حتى يقال إن المجتهد بتطبيق هذا الحكم بعدم تبعاً للخبر وعاملاً به على الإحاطة ، كان لابد من القول بأن للمجتهد أن يجتهد للوصول إلى الحق واتباع الخبر في الظاهر فقط .

الدليل الثالث : أن الله تعالى أوجب المثل في جزاء قتل الصيد حرماً . فقال ديا أيها الذين آمنوا لا تقتلوا الصيد وأنتم حرّم ومن قتله منكم متعمداً فجزاء مثل ما قتل من النعم يحكم به ذوا عدل منكم ، وانفق أصحاب رسول الله على أن المقصود بالمثل أقرب الأشياء شبيهاً بالصيد ، وترك للعدلين الاجتهاد في ذلك . وهنا أيضاً لا يمكن القول بأن العدلين يصلان إلى المثل قطعاً في الظاهر والباطن ، ولكنهما يصلان إلى المثل في الظاهر دون الباطن ، ولكنهما على كل حال غير جائز لهما أن يقولوا في واقعة معينة بغير اجتهاد ، فليس للعدلين القول بما شاءا ، فإذا قالوا بأن هذا الحيوان يشبه هذا تحسباً دون اجتهاد واتباع لطرق الاستدلال الموصلة إلى التعرف على المثل ظناً ، كان قولهما باطلاً .

وهذا هو الشأن في القياس . لأن المجتهد مكلف باتباع الخبر ، وهذه

حقيقة مقطوع بها ، ولكنه إذا لم يمكنه اتباع الخبر عيناً ، كما إذا لم يكن في المسألة نص حكم الله أو لرسوله ، جاز له أن يجتهد ويتبع الدلائل الموصلة إلى اتباع الخبر ، أو إصابة العين القائمة ، وهي الخبر ، في الظاهر على الأقل ، فالمجتهد ، من ناحية ، ليس له ، إذا لم يمكنه اتباع الخبر عيناً ، أن يقول تلذذاً أو يحكم استحساناً ، ومن ناحية أخرى ، فإن اجتهاده بطريق القياس على الخبر ، يعد اتباعاً للخبر ، وعلماً في الظاهر ، وهو كاف في التكليف .

فهذه الأدلة الثلاثة ، مع غيرها ، استدلت بها الشافعي على وجوب الاجتهاد بالقياس فيما ليس فيه نص كتاب ولا سنة . وأنه ليس للمجتهد في هذه الحالة أن يقول بما تهواه نفسه ويميل إليه طبعه ، وأن المجتهد إذا قام بمثل هذا القياس على الخبر كان متبعاً للخبر .

وهذه الأدلة الثلاثة كما ترى لا تدل على القياس بعينها ، وإنما تفيد في مجموعها القطع في المعنى الذي يجتمع فيه معها القياس ، وهو وجوب الاجتهاد بالدلائل للوصول إلى المطلوب إذا لم يمكن الوصول إليه بطريق الإحاطة في الظاهر والباطن .

وقياس الشافعي القياس على الاجتهاد في القبلة ، ومعرفة العدل ، والمثل في الصيد ليس فيه اتحاد في عين الحكم ، ولا في عين المعنى الجامع ، كما يقال في قياس النميز على الخمر في الإسكار ، حيث كان الحكم فيها هو الحرمة أو إقامة الحد ، والمعنى فيها الإسكار . وهنا نجد أن حكم التوجه إلى القبلة غير حكم القياس ، ولكن الحكمين يدخلان تحت جنس واحد ، هو جواز الاستدلال بالدلائل الموصلة إلى المطلوب ظناً إذا لم يمكن الوصول إليه عيناً ، والمعنيين يدخلان تحت جنس واحد ، هو الإتيان بالممكن ، فإن الممكن بالنسبة إلى الغائب عن البيت أن يتبع الدلائل الموصلة ظناً إليه ، والممكن للمجتهد ، في حالة عدم وجود نص خبر في الحكم ، أن يتبع الدلائل التي توصله إلى اتباع الخبر ظناً .

وهذا هو قياس القواعد أو المعاني أو المصالح الذى نقله لإمام الحرمين
فى البرهان عن الشافعى حيث قال نقلاً عنه (١) : « قد ثبتت أصول معللة ،
اتفق القائلون على علمها ، فقال الشافعى : اتخذ تلك العلة معتصمى ، وأجعل
الاستدلالات قريبة منها ، وإن لم تكن أعيانها ، حتى كأنها مثلاً أصول ،
والاستدلال معتبر بها ، واعتبار المعنى بالمعنى تقريباً أولى من اعتبار صورة
بصورة بمعنى جامع بينهما ، فإن متعاق الخضم من صورة الأصل معناها
لاحكمها ، فإذا قرب معنى المجتهد ، والمستدل فيما يجتهد إلى الشرع ، ولم يرد ،
أصل كان استدلالاً مقبولاً . »

وهو الذى عبر عنه الزنجاني بقوله (٢) : « ذهب الشافعى رضى الله عنه
إلى أن التمسك بالمصالح المستندة إلى كلى الشرع ، وإن لم تكن مستندة إلى
الجزئيات الخاصة المعينة جائز . »

فهذه النقول عن الشافعى تفيد أنه يستند إلى المصلحة التى شهدت
النصوص لجنسها ، وإن لم يوجد معنى معين يشهد لعين المصلحة ، فعصمة
الدماء معنى أو مصلحة كلية لم يشهد نص لعينها وإنما اجتمعت نصوصه على
الشهادة لجنسها . فإذا أفنى الشافعى بقتل الشريك عصمة للدماء فإنه يكون
مستنداً إلى مصلحة كلية ، أو أخذاً بمصلحة مستندة إلى كل الشرع .

وأخيراً ؛ لعل القارىء يود أن يعرف الطريقة التى استدلت بها
الشافعى على حجية القياس بكلام الشافعى نفسه ، حتى يتأكد أنه يتبع طريقة
الاستدلال المرسل ، أى الاستدلال باستقراء جملة نصوص تجتمع على
معنى واحد ، ثم إذا ثبت عنده هذا المعنى طبقه على كل الأفراد الداخلة
تحت ، دون حاجة إلى نص خاص أو أصل معين .

(١) البرهان ج ٢ لوجه ٣٣٢ .

(٢) تخرىج الفروع ص ١٦٩ .

وإليك عبارة الشافعي في الرسالة (١) :

البيان الخامس : قال الله تبارك وتعالى : ومن حيث خرجت فول وجهك شطر المسجد الحرام وحيثما كنتم فولوا وجوهكم شطره
(و) شطر الشيء قصد عين الشيء ، إذا كان معانياً فبالصواب ، وإذا كان مغنياً فالاجتهاد بالتوجه إليه ، وذلك أكثر ما يمكنه .

وقال تعالى : جعل لكم النجوم لتهتدوا بها في ظلمات البر والبحر . وقال : . . . وعلامات وبالنجم هم يهتدون ، نخلق لهم العلامات ، ونصب المسجد الحرام ، وأمرهم أن يتوجهوا إليه ، وإنما توجههم إليه بالعلامات التي خلق لهم ، والعقول التي ركبها فيهم ، التي استدلوا بها على معرفة العلامات ، وكل هذا بيان ونعمة منه جل ثناؤه .

وقال : . . . وأشهدوا ذوي عدل منكم ، وقال : ممن ترضون من الشهداء . وأبان أن العدل العامل بطاعة ، فمن رأوه عاملاً بها كان عدلاً ، ومن عمل بخلافها كان خلاف العدل .

وقال جل ثناؤه : . . . لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم ، ومن قتله منكم متعمداً فجزاء ما قتل من النعم ، يحكم به ذوا عدل منكم . . .

« فكان المثل — على الظاهر — أقرب الأشياء شهياً في العظم في البدن . . . فظننا ما قتل من دواب الصيد : أى شيء كان من النعم أقرب منه شهياً فديناه به . . . وهذا الاجتهاد الذي يطلبه الحاكم بالدلائل على المثل .

« وهذا الصائغ من العلم دليل على ما وصفت قبل هذا : على أن ليس لأحد أبداً أن يقول في شيء : حل ولا حرم : إلا من جهة العلم ، وجهة العلم الخبر من الكتاب أو السنة ، أو الإجماع ، أو القياس . . .

• ومعنى هذا الباب معنى القياس ، لأنه يطلب فيه الدليل على صواب القبلية والعدل والمثل .

• والقياس ما طلب بالدلائل على موافقة الخبر المتقدم ، من الكتاب أو السنة ، لأنهما علم الحق المفترض طلبه ، كطلب ما وصفت قبله ، من القبلية والعدل والمثل .

وموافقته تكون من وجهين :

أحدهما أن يكون الله أو رسوله حرم الشيء منصوفاً أو أحله لمعنى ، فإذا وجدنا ما في مثل ذلك المعنى فيما لم ينص فيه بعينه كتاباً ولا سنة : أحللناه أو حرّمناه ، لأنه في معنى الحلال أو الحرام .

أو نجد الشيء يشبه الشيء منه والشيء من غيره ، ولا نجد شيئاً أقرب شياً به من أحدهما فلنحقه بأولى الأشياء شهاً به ، كما قلنا في الصيد .

وقال في موضع آخر من الرسالة^(١) : « قال : (أى المناظر) أفترجد تجويز ما قلت من الاجتهاد مع ما وصفت ، فتذكره ؟ »

قلت : نعم ، استدلالاً بقول الله : « ومن حيث خرجت . الآية » . وقال الله : « لا تقتلوا الصيد . . . الآية » ، وأمرنا بإجازة شهادة العدل .

فهذا يفيد أن الشافعى يستدل بالاجتهاد فى القبلية والعدل وجزاء الصيد على جواز الاجتهاد أى القياس . وقد رأينا أن الاجتهاد لا يجتمع مع هذه الأمثلة فى عين المعنى والحكم ، وإنما فقط فى جلسهما . بل إن الشافعى يشير أن هذا الاستدلال قياس فيقول^(٢) : « والاجتهاد لا يكون إلا على مطلوب ، والمطلوب لا يكون أبداً إلا على عين قائمة تطلب بدلالة

(١) الرسالة ص ٢٨٧ .

(٢) المرجع السابق ص ٥٠٤ .

يقصد بها إليها ، أو تشبيهه على عين قائمة ، وهذا يبين أن حراماً على أحد أن يقول بالاستحسان ، إذا خالف الاستحسان الخبر ، والخبر — من الكتاب والسنة — عين يتأخى^(١) ، معناها المجتهد ليصيبه ، كما البيت يتأخاه من غاب عنه ليصيبه ، أو قصده بالقياس .

مثال آخر :

قرر الشافعي أن الأدلة الشرعية هي الكتاب والسنة والإجماع والقياس ، وأن بعض هذه الأدلة يقدم على بعض ، فإذا وجد في النازلة نص حكم فلا اعتبار بالإجماع ولا بالقياس ، وإذا وجد إجماع في النازلة فلا عبرة بالقياس ، وإذا كان في الواقعة خبر العامة فلا عبرة بخبر رواه الخاصة .

أما أن الكتاب والسنة وما ذكر معها حجة فقد استدلل الشافعي على ذلك بطريق الاستقراء المفيد للقطع ، وبذلك كانت حجة هذه الأدلة مستندة إلى كلى الشرع ، ولم يؤخذ هذا من نص واحد ، ولم يرجع لدليل معين ، لأن الأدلة لا تدل على القطع بانفرادها وإنما تدل على ذلك باجتماعها على المعنى الواحد ، وإن كانت مختلفة الجهات متعددة الدلالات .

وأما أن الدليل المرجوح يكون دليلاً حتى ولو ترك العمل به مع وجود الدليل الراجح فهي قاعدة تحتاج إلى دليل هي الأخرى . فالأدلة تفيد أن الكتاب حجة ، وأن السنة حجة ، وأن الإجماع حجة والقياس كذلك ، ولكن كيف عرف الشافعي هذا الترتيب ، وكيف قال ببقاء وصف الدليل على أمر قد يترك في بعض الحالات ؟

وكان رد الشافعي هو إرجاع هذا إلى أصل مأخوذ باستقراء نصوص الشريعة ، فقد دله هذا الاستقراء على أن الشيء يعتد به في حالة دون حالة ،

(١) تأخى الشيء : تحراه ، اللسان ج ١٨ ص ٣٥ .

وهو معتبر شرعاً في الجملة . وذلك كما في التيمم ، فإنه طهارة شرعية ، ومع ذلك فإن التيمم غير جائز عند وجود الماء . فكذلك القياس فهو حجة شرعية ، ومع ذلك فلا يؤخذ بها عند وجود نص الكتاب .

والتيمم لا يشترك مع هذه الأدلة في عين العلة ، ولا عين الحكم ، ولكنه أخذ دليلاً على جسد يدخل تحته تقديم الخبر على القياس .

وإليك عبارة الشافعي في الرسالة^(١) :

قال : فقد حكمت بالكتاب والسنة ، فكيف حكمت بالإجماع ، ثم حكمت بالقياس ، فأقتهما مع كتاب أو سنة ؟

وقلت : إني وإن حكمت بهما كما أحكم بالكتاب والسنة فأصل ما أحكم به منهما مفترق .

قال : أفيجوز أن تكون أصول وفرقة الأسباب يحكم فيها حكماً واحداً ؟

وقلت : نعم ، يحكم بالكتاب والسنة المجتمع عليها ، التي لا اختلاف فيها فنقول لهذا حكمنا في الظاهر والباطن .

و بحكم بالسنة قد رويت من طريق الأفراد ، لا يجتمع الناس عليها ، فنقول : حكمنا بالحق في الظاهر ، لأنه قد يمكن الخلط فيمن روى الحديث .

و نحكم بالإجماع ثم بالقياس ، وهما أضعف من هذا ، ولاكنها منزلة ضرورة ، لأنه لا يحل القياس والخبر موجود ، كما يكون التيمم طهارة في السفر عند الإعواز من الماء ، ولا يكون طهارة إذا وجد الماء ، إنما يكون طهارة في الإعواز .

وكذلك يكون ما بعد السنة حجة إذا أعوز من السنة . وقد وضحت
الحجة في القياس وغيره قبل هذا .

« قال أفترجد شيئاً شبهه ؟ قلت نعم : أفضى على الرجل بعلى أن
ما ادعى عليه كما ادعى ، أو إقراره فإن لم أعلم ولم يقر قضيت عليه بشاهدين ،
وقد يغلطان ويهمان ، وعلى وإقراره أقوى عليه من شاهدين ، وأفضى
عليه بشاهد ، وهو أضعف من شاهدين ، ثم أفضى عليه بنكوله عن اليمين
ويمين صاحبه ، وهو أضعف من شاهد ويمين ، لأنه قد ينكل خوف
الشهرة ، واستصغار ما يحلف عليه ، ويكون الحالف لنفسه غير ثقة
وحريصاً فاجراً . »

وبهذا ننهي من الأدلة التي تثبت أن الشافعي رضى الله عنه يأخذ
بالمصالح المرسلة إذا كانت ملائمة لجلس اعتبره الشارع وشهدت له نصوصه
في الجملة ، وأنه لا يستلزم أن يدل النص على عين المعنى الذي يعتصم به ،
ولأنما يكفي أن تدل النصوص على جلس هذا المعنى . ورأينا أن عبارة
الشافعي في رسالته تنسج لهذا ، بل إنه يكاد يصرح به ، حيث إن الفرع
يقاس على الأصل إذا كان فيه مثل معناه ، لا عين ذلك المعنى فقط ،
ولا يكون المعنى مثلاً للمعنى إلا إذا اشتركا في جنس واحد . ثم رأينا كيف
اجتمعت كلمة كتاب الأصول من الشافعية وغيرهم على أخذ الشافعي بهذا النوع
من المصالح ، دون المصالح التي لا تشهد النصوص لعينها ولا لجلسها
بالاعتبار ، وهي المصالح الغريبة أو الاستحسان في عبارة الشافعي . هذا
ومن نسب إلى الشافعي رد القول بالمصالح قصد هذا الجنس منها ، أى
المصالح التي لا تستند إلى أصل جزئى ولا كلى . وبذلك يكون الشافعي
رضى الله عنه قائلًا بمقالة الإمام مالك في الاستدلال المرسل ، الذى يعنى
بناء الأحكام على المصالح الملائمة دون الغريبة . ويبقى أن نحدد درجة

المصلحة في الحجية ، أو قوتها في مواجهة النصوص ثم تحديد معنى الاستحسان الذي رده الشافعي وشدد النكير على القائلين به ، ثم الاستدلال على رده ، لنخرج من هذا إلى أن هذا النوع من الاستحسان لا يشمل المصالح الملازمة لجنس تصرفات الشارع والمأخوذ معناها من جملة نصوص تفوق الحصر وتدل على القطع بالمصلحة بعمومها . لأن الاستحسان الذي يعنيه الشافعي قول درن نص ، أو حمل على نص ، وهو التلذذ والقول على غير مثال سابق ، .

الفرع الثالث

علاقة المصلحة بالنصوص عند الشافعي

قلنا إن المصلحة الملازمة لجنس تصرفات الشارع حجة في الاستدلال عند الشافعي رضي الله عنه ، وأنها داخلة عنده في باب القياس ، أو هي نوع منه يسمى قياس المعاني أو القواعد أو المصالح ، إذ قياس المصلحة على المصلحة أولى عنده من قياس الشيء على الشيء لمصلحة جامعة بينهما . وعرفنا أن الأدلة عنده الخبر اللازم كتاباً كان أو سنة يؤخذ منه الحكم نصاً أو اجتهاداً بطريق القياس ، فإذا لم يستند الفقيه إلى الخبر يأخذ الحكم من لفظه ، أو يستنبطه من معقوله ، فإن الفقه الذي يصل إليه لا يؤخذ به ولا يرجع إليه ، لأنه فتوى بالرأى المجرد ، وقول بالاستحسان والتشهي وهو ما أنكره الشافعي وشدد النكير على القائلين به والصائرين إليه .

وإذا كانت المصالح الملازمة داخلة في القياس عند الشافعي فإنه لا يؤخذ بها عنده إلا إذا لم يوجد الحكم ، نصاً ، في كتاب الله أو سنة رسوله ، أو فيما اجتمع عليه أهل العلم لا يختلفون فيه . فرتبة المصالح إذن بعد مرتبة الكتاب والسنة والإجماع ، لا تلجأ إليها إلا إذا فقدنا نصاً في الواقعة المطلوب إثبات الحكم فيها بالقياس . وهذه عبارات الشافعي ناطقة بهذا .

فهو يقول (١): «يحكم بالكتاب والسنة المجتمع عليها، التي لا اختلاف فيها، فنقول لهذا : حكمنا بالحق في الظاهر والباطن، ويحكم بالسنة قد رويت من طريق الانفراد، لا يجتمع الناس عليها، فنقول : حكمنا بالنص في الظاهر، لأنه قد يمكن الخلط فيمن روى الحديث . ونحكم بالإجماع ثم القياس، وهو أضعف من هذا، ولكنها منزلة ضرورة، لأنه لا يحل القياس والخبر موجود، كما يكون التيمم طهارة في السفر عند الإعواز من الماء، ولا يكون طهارة إذا وجد الماء... وكذلك يكون ما بعد السنة حجة إذا أعوز من السنة».

فهذا تصريح منه رضى الله عنه بأن مرتبة القياس بعد الكتاب والسنة وما اجتمع عليه العلماء وهو يعمل ذلك بأن الحكم بالكتاب والسنة إصابة للحق في الظاهر والباطن، في حين أن العمل بالقياس إصابة للحق في الظاهر فقط، فالقياس بالنسبة لبقية الأدلة، كالتييمم بالنسبة للماء، فكما أنه لا يحل التيمم والماء موجود، فلا يحل القياس والخبر موجود.

ويقول في الأم (٢): «ومعنى الاجتهاد من الحاكم إنما يكون بعد ألا يكون فيما يريد القضاء فيه كتاب ولا سنة ولا أمر يجتمع عليه فأما وشيء من ذلك موجود فلا».

وهذا إذا كان الحكم الذى يريد المجتهد الوصول إليه منصوصاً عليه في الكتاب أو السنة، أما إذا كان النص فيهما محتملاً، فإنه يجوز القياس بنوعيه : قياس الشيء على الشيء لمعنى جامع، وقياس المعنى على المعنى، وذلك لتعيين أحد المعاني التي يحتملها الخبر كتاباً أو سنة. وفي هذا يقول الشافعى رضى الله عنه (٣): «وإن كان للقرآن وجهان، أو كانت

(١) الرسالة ٥٩٩.

(٢) الأم ج ٢ : ٣٠٣.

(٣) المرجع السابق ٦ : ٢٠٧.

سنة رويت مختلفة ، أو سنة ظاهرها يحتمل وجهين لم يعمل بأحد الوجهين حتى يجد دلالة من كتاب أو سنة أو إجماع أو قياس على أن الوجه الذي عمل به هو الوجه الذي يلزمه والذي هو أولى به من الوجه الذي تركه .

فهذا النص يفيد أن الخبر كتاباً أو سنة ، إذا كان محتملاً للتأويل ، أمكن أن يكون سند التأويل هو المصلحة الملائمة ، فإذا ما احتتمل النص وجهين ، كان للمجتهد ، بل يجب عليه ، أن يرجح أحد الوجهين على الآخر ، بالقياس إذا لم يمكنه ذلك بنجر آخر ، أو إجماع .

ويقول في الأم^(١) : « فإن قيل ذم الله على الاختلاف ، قيل الاختلاف وجهان : فإقام الله تعالى به الحجة على خلقه حتى يكونوا على بيئته منه ليس عليهم إلا اتباعه ولا لهم مفارقتة ، فمن خالف نص كتاب لا يحتمل التأويل أو سنة قائمة فلا يحل له الخلاف ، ولا أحسبه يحل له خلاف جماعة الناس ، وإن لم يكن في قولهم كتاب ولا سنة . ومن خالف في أمر له فيه الاجتهاد ، فذهب إلى معنى يحتمل ما ذهب إليه ، ويكون عليه دلائل ، لم يكن في (حرج) من خلاف لغيره ، وذلك أنه لا يخالف حينئذ كتاباً نصاً ولا سنة قائمة ولا جماعة ولا قياساً لأنه إنما نظر في القياس فأداه إلى غير ما أدى صاحبه إليه القياس ، كما أداه في التوجه للبيت بدلالة النجوم إلى غير ما أدى إليه صاحبه . »

فهذا النص يبين أن الذي لا يحل معه القول بالمصلحة الملائمة هو نص كتاب لا يحتمل التأويل أو سنة قائمة أو إجماع المسلمين . أما في غير ذلك فإن للمجتهد أن يفق بالمصلحة لأنه « لا يخالف حينئذ كتاباً نصاً ولا سنة قائمة ولا جماعة . »

ويقول في بيان شروط القانس (١) : ويستدل على ما احتمل التأويل عنه ، (أى الكتاب) بسنن رسول الله ، فإن لم يجد سنة فإجماع المسلمين فإن لم يكن إجماع فالقياس . .

فهذا يدل على أن للمجتهد أن يقول بالمصلحة الملائمة إذا كان النص يحتمل التأويل ، وتكون المصلحة دليلاً على إرادة أحد الاحتمالين في نص الكتاب أو السنة .

ويقول (٢) : وكل ما أقام الله به الحجة في كتابه أو على لسان نبيه منصوصاً بهذا : لم يحل الاختلاف فيه لمن علمه . .

وما كان من ذلك يحتمل التأويل ، ويدرك قياساً ، فذهب التأويل أو القانس إلى معنى يحتمله الخبر أو القياس وإن خالف فيه غيره : لم أقل أنه يضيق عليه ضيق الخلاف في المنصوص . .

والخلاصة أنه لا يجوز العمل بالمصالح الملائمة إذا كان في النازلة نص لا يحتمل التأويل ، وأما إذا كان النص مما يحتمل التأويل ، فإن المجتهد أن يرجح أحد احتمالات النص بالمصلحة الملائمة ، أى الرجعة إلى كلى الشرع (٣) .

(١) الرسالة ٥١٠ .

(٢) المرجع السابق ٥٦٠ .

(٣) انظر المستنقى للقرائى في شروط التأويل ، وبعض التطبيقات عليه ، مع ذكر مناقشة بين الأحناف والشافعى في بعض النصوص وردت على لسان القرائى .

الفرع الرابع

عدم دخول المصلحة المرسلّة تحت الاستحسان
الذي رده الشافعي

وينقسم هذا الفرع إلى المطالب التالية :

المطلب الأول : معنى الاستحسان الذي شدد الشافعي التأكيد عليه .

المطلب الثاني : أدلة الشافعي على بطلان الاستحسان .

المطلب الثالث : بيان وجه عدم دخول المصلحة المرسلّة تحت
الاستحسان .

المطلب الرابع : مقارنة بين الاستحسان الذي يردده الشافعي والاستحسان
عند أبي حنيفة ومالك .

المطلب الأول

معنى الاستحسان في نظر الشافعي

يؤخذ من كلام الشافعي في الام والرسالة أن الاستحسان الذي يتكلم
عنه هو القول من غير استناد إلى خبر من كتاب أو سنة أو إجماع أو
قياس على واحد منها ، فإذا أفتى المجتهد بحكم ولم يكن هذا الحكم مأخوذاً
من الخبر لفظاً ، ولا من معقوله قياساً ، ولم يكن فيه إجماع ، كانت هذه
الفتوى استحساناً لأن سندها لم يكن الخبر نصاً أو استنباطاً ، وإنما
استحسنها المجتهد برأيه ومال إليها بذوقه ، دون استدلال بخبر ولا حمل
عليه .

وهاك بعض العبارات التي ذكرها الشافعي لتبين منها بنفسك حقيقة

الاستحسان الذى عناه الشافعى ، والذى شدد النكير على القائلين به :
قاله الشافعى فى باب الاستحسان (١) : وقال : هذا كما قلت ، والاجتهاد
لا يكون إلا على مطلوب ، والمطلوب لا يكون أبداً إلا على عين قائمة
تطلب بدلالة يقصد بها إليها ، أو تشبيهه على عين قائمة ، وهذا يبين أن
حراماً على أحد أن يقول بالاستحسان ، إذا خالف الاستحسان الخبر ،
والخبر من الكتاب والسنة ، عين يتأخى معناها المجتهد ليصديه ، كما
البيت يتأخاه ، من غاب عنه ليصبيه أو قصده بالقياس وأن ليس لأحد أن
يقول إلا من جهة الاجتهاد ، والاجتهاد ما وصفت من طلب الحق . فهل
تجيز أنت أن يقول الرجل أستحسن بغير قياس ؟

فقلت : لا يجوز هذا عندى — والله أعلم — لأحد ، وإنما كان
لأهل العلم أن يقولوا دون غيرهم لأن يقولوا فى الخبر باتباعه فيما ليس فيه
الخبر بالقياس على الخبر . ولو جاز تعطيل القياس جاز لأهل العقول من
غير أهل العلم أن يقولوا فيما ليس فيه خبر بما يحضرم من الاستحسان ،
وأن القول بغير خبر ولا قياس لغير جائز ، بما ذكرت من كتاب الله ،
وسنة رسوله .

فقال : أما الكتاب والسنة فيدلان على ذلك ، لأنه إذا أمر النبي صلى
الله عليه وسلم بالاجتهاد ، فالاجتهاد أبداً لا يكون إلا على طلب شيء ،
وطلب الشيء لا يكون إلا بدلائل والدلائل هى القياس ، فإن : فأين
القياس مع الدلائل على ما وصفت ؟

قلت : ألا ترى أن أهل العلم إذا أصاب رجل لرجل عبداً لم يقولوا
لرجل : أقم عبداً ولا أمة إلا وهو خابر بالسوق ، ليقم بمعنيين :
بما يخبركم ثمن مثله فى يومه ، ولا يكون ذلك إلا بأن يعتبر عليه بغيره ،
فيقيسه عليه ، ولا يقال لصاحب سلعة أقم إلا وهو خابر .

« ولا يجوز أن يقال لفقير عدل غير عالم بقيم الرقيق : أقم هذا العبد ولا هذه الأمة ولا إجازة هذا العامل ، لأنه إذا أقامه على غير مثال بدلالة على قيمته كان متعسفاً .

فإذا كان هذا هكذا فيما تقل قيمته من المال ويدسر الخطأ فيه على المقام له والمقام عليه : كان حلال الله وحرامه أولى ألا يقال فيها بالتعسف والاستحسان وإنما الاستحسان تلمذ ، .

« وإذا كان هذا هكذا كان على العالم ألا يقول إلا من جهة العلم ، وجهة العلم الخبر اللازم ، بالقياس بالدلائل على الصواب ، حتى يكون صاحب العلم أبدأ متبعاً خيراً وطالب الخبر بالقياس ، كما يكون متبع البيت بالعيان ، وطالب قصده بالاستدلال بالإعلام مجتهداً ، ولو قال بلا خبر لازم ولا قياس كان أقرب إلى الإثم من الذي قال وهو غير عالم ، وكان القول لغير أهل العلم جائزاً .

ولم يجعل الله لأحد بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يقول لا من جهة علم مضى قبله ، وجهة العلم بعد الكتاب والسنة والإجماع والآثار ، ما وصفت من القياس عليها ،

ويقول (١) . « وهذا يدل على أنه ليس لأحد دون رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يقول إلا بالاستدلال بما وصفت في هذا وفي العدل وفي جزاء الصيد ، ولا يقول بما استحسنت ، فإن القول بما استحسنت شيء يحدثه لأعلى مثال سبق . »

فأنت ترى الشافعي رضي الله عنه يطلق على الاستحسان عبارات تدل

جميعها على أنه يعنى به الفتوى غير المستندة إلى الخبر لا نصاً ولا حملاً عليه بطريق القياس . فهو يقول :

« وإنما الاستحسان تلذذ ، ، حلال الله وحرامه أولى ألا يقال فيها بالتعسف والاستحسان ، ، على العالم ألا يقول إلا من جهة العلم ، وجهة العلم الخبر اللازم — بالقياس بالدلائل على الصواب ، حتى يكون صاحب العلم أبداً متبعاً خبراً وطالب الخبر بالقياس ، ، ولو قال بلا خبر لازم ولا قياس كان أقرب إلى الإثم من الذى قال وهو غير عالم ، ، .

« ولم يجعل الله لأحد بعد رسول الله أن يقول إلا من جهة علم مضى قبله ، وجهة العلم بعد الكتاب والسنة والإجماع ، والآثار ، ما وصفت من القياس عليها ، .

« فإن القول بما استحسنته لا يحذره لا على مثال سبق ، ، .

فالأستحسان تلذذ ، وحكم بما يوافق الهوى ، وهو تعسف لا يستند إلى ضابط ولا يرجع إلى أصل ، وهو شيء يحذره المستحسن لا على مثال سبق ، وهو قول من غير جهة العلم ، وهى الخبر أو الحمل على الخبر ، أو هو قول بلا خبر لازم ولا قياس ، وهو قول لا يرجع إلى جهة علم مضى قبله القائل . وبالجملة فهو قول لا يعتمد على الكتاب أو السنة ، أو الإجماع ، أو الآثار أو القياس على واحد منها .

المطلب الثانى

الأدلة التى ساقها الشافعى على بطلان الاستحسان

لقد ساق الشافعى أدلة كثيرة على بطلان الاستحسان ، بعضها فى رسالته والبعض الآخر منشور فى كتاب الأم . وإليك بعض هذه الأدلة :

الدليل الأول : قال الله تعالى : « اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم

نعمتي ورضيت لكم الإسلام ديناً ، ، وقال تعالى : « أيجsb الإنسان أن يترك سدى ، وقال تعالى : « ونزلنا عليك الكتاب تبياناً لكل شيء وهدى ورحمة ، وقال تعالى : « ما فرطنا في الكتاب من شيء ، وقال تعالى : « وأنزلنا إليك الذكر لتبين للناس ما نزل إليهم ، ، وقال النبي عليه السلام « ما تركت شيئاً مما أمركم الله به إلا وقد أمرتكم به ، ولا شيئاً مآنها كم عنه إلا وقد نهيتكم عنه . » .

فهذه النصوص مجمعة تدل على أن الله لم يترك الناس سدى ، وأنه أكل الدين ، وأتم النعمة ، وجعل الكتاب تبياناً لكل شيء ، فلو جاز لأحد أن يقول بغير كتاب ولا سنة ولا إجماع ، ولا قياس على واحد منها ، لجاز الحلف في خبره تعالى .

يقول الشافعي رضي الله عنه . (١) قال الله تعالى : « أيجsb الإنسان أن يترك سدى ، ، فلم يختلف أهل العلم بالقرآن فيما علمت أن السدى الذي لا يؤمر ولا ينهى ، ومن أفتى أو حكم بما لم يؤمر به فقد أجاز لنفسه أن يكون في معاني السدى ، وقد أعلمه الله أنه لم يترك سدى . » .
وفي الرسالة : (٢) قال الشافعي : « فليست تنزل بأحد من أهل دين الله نازلة إلا وفي كتاب الله الدليل على سبيل الهدى فيها . قال الله تبارك وتعالى : « ونزلنا عليك الكتاب تبياناً لكل شيء . » .

الدليل الثاني قال الشافعي (٣) « قال الله عز وجل لنبيه عليه الصلاة والسلام « واتبع ما يوحى إليك من ربك ، وقال : « وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم ، وقال تعالى : « يا داود إنا جعلناك خليفة في الأرض

(١) الأم ٧ .

(٢) الرسالة ٢٠ .

(٣) الأم ٧ : ٢٧١ .

فأحكم بين الناس بالحق .. الآية ، وليس يؤمر أحد أن يحكم بحق إلا وقد علم الحق ولا يكون الحق معلوماً إلا عن الله نصاً أو دلالة من الله . فقد جعل الله الحق في كتابه ثم سنة تبيينه صلى الله عليه وسلم ، فليس تنزل نازلة إلا والكتاب يدل عليها نصاً أو جملة .

وخلاصة هذا الدليل أن الله عز وجل قد أمر بإتباع كتابه ، وقد دل الكتاب على وجوب طاعة نبيه ، وأمر النبي بإتباع الإجماع ، وأوجب الحكم بالحق ، وهذا يدل على أنه ليس لأحد أن يقول إلا إتباعاً للخبر أو الإجماع ، والقول بالقياس اتباع لها فكان القائل به متبعاً نصاً أو إجماعاً أما الإستهسان فهو شيء خارج عن هذه الأدلة ، فلا يكون اتباعاً للكتاب والسنة ولا قياساً عليهما .

الدليل الثالث : أن النبي صلى الله عليه وسلم ، وهو الذي لا ينطق عن الهوى ، لم يفث في أمر من أمور الدين بما يستحسنه ، بل كان يتبع الوحي فاذا لم يجد وحيًا انتظر الوحي ، فاذا لم يجد للرسول عليه السلام أن يقول إلا اتباعاً للخبر أو قياساً عليه ، فأولى بغيره ألا يقول في دين الله إلا بالخبر بإتباعه فيما فيه الخير ، وللقياس على الخبر فيما ليس فيه خير .

يقول الشافعي : (١) وجاءت امرأة أوس بن الصامت تشكو إليه أوساً فلم يجبها حتى أنزل الله عز وجل « قد سمع الله قول التي تجادلك في زوجها . وجاء العجلاني يقذف امرأته قال : لم ينزل فيكما ، وانتظر الوحي فلما نزل دعاهما فلا عن بينهما ، كما أمره الله عز وجل . »

وفي هذا وفي غيره دلالة أنه لا يجوز لأحد أن يفث في دين الله إلا اتباعاً للخبر ، نصاً أو حملاً على نص ، ولا يقول بما تهواه نفسه ويميل إليه طبعه لأن هذا لم يجز لنبي معصوم ، فكيف يدعيه لنفسه عالم .

الدليل الرابع : لو كان مقبولا من المجتهد في علوم الشرع ، الذي يعرف الأصول من الكتاب والسنة والإجماع أن يقول في أحكام الشرع استحساناً من غير خبر لازم من كتاب ولا سنة ولا إجماع ، ولا قياس على واحد منها ، لجاز لأهل العقول الراجعة عن ليس لديهم علم بأصول الشريعة ، وقواعد الاستنباط فيها ، أن يستحسنوا مادام يرجع الاستحسان إلى ما يميل إليه الإنسان بطبعه ، ويستحسنه بعقله ، مع أن الإجماع قائم على أنه لا يجوز لأحد أن يقول في الشرع اجتهاداً إلا إذا كان على علم بالأصول من الكتاب والسنة والإجماع ، والقياس .

يقول الشافعي (١) : « ومن استجاز أن يحكم أو يفتي بلا خبر لازم ولا قياس عليه ، كان محجوجاً بأن معنى قوله . أفعل ما هويت وإن لم أومر به مخالف معنى الكتاب والسنة ، فكان محجوجاً على لسانه ، ومعنى ما لم أعلم فيه مخالفاً فإن قيل . فما هو ؟ قيل . لا أعلم أحداً من أهل العلم رخص لأحد من أهل العقول والآداب في أن يفتي ولا يحكم برأى نفسه إذا لم يكن عالماً بالذي تدور عليه أمور القياس في الكتاب والسنة والإجماع والعقل لتفصيل المشتبه . فإن زعموا هذا ، قيل لهم . ولم يجوز لأهل العقول التي تفوق كثيراً عقول أهل العلم بالقرآن والسنة والفتيا أن يقولوا فيما قد نزل مما يهلونه معاً أن ليس فيه كتاب ولا سنة ولا إجماع وهم أوفر عقولا ، وأحسن إبانة لما قالوا من عامتكم فإن قلتم لأنهم لا علم لهم بالأصول قيل لكم . فما حجتكم في علمكم بالأصول إذا قلتم بلا أصل ولا قياس على أصل . هل خفتهم على أهل العقول الجملة بالأصول أكثر من أنهم لا يعرفون الأصول فلا يحسنون أن يقيسوا بما لا يعرفون ؟ وهل أكتبكم علمكم بالأصول القياس عليها أو جاز لكم تركها ؟ فإذا جاز لكم تركها

جاز لهم القول معكم لأن أكثر ما نخاف عليهم ترك القياس عليها أو الخطأ. ثم لا أهلهم إلا أحمد على الصواب إن قالوا على غير مثال منكم لو كان أحد يحمد على أن يقول على غير مثال. لأنهم لم يعرفوا مثالا فتركوه، وأعذر بالخطأ منكم. وهم أخطأوا فيما لا يعلمون. ولا أعلمكم إلا أعظم وزر أمهم إذ تركتم ما تعرفون من القياس على الأصول التي لا تجهلون. فان قلتم فنحن تركنا القياس على غير جهالة بالأصل، قيل فإن كان القياس حقاً فأنتم خالفتم الحق عالمين به، وفي ذلك من المآثم ما إن جهلتموه لم تستأهلوا أن تقولوا في العلم، وإن زعمتم أن لكم ترك القياس والقول بما سنع في أوها مكم، وحضر في أذهانكم، واستحسنته مسامعكم حججتم بما وصفنا في القرآن ثم السنة وما يدل عليه الإجماع من أن ليس لأحد أن يقول إلا بعلم.

ويقول في الرسالة^(١): «ولو جاز تعطيل القياس، جاز لأهل العقول من غير أهل العلم أن يقولوا فيما ليس فيه الخبر بما يحضرهم من الاستحسان».

وخلاصة هذا الدليل أنه إذا جاز لأهل العلم أن يقولوا بالاستحسان لجاز لأهل العقول أن يقولوا به أيضاً، مادام أن مدار الاستحسان هو ما يراه الشخص بعقله ويميل إليه بطبعه، لكن اتفق أهل العلم على أنه ليس لغير العالم أن يفتي أو يحكم مادام لا يعلم الأصول الشرعية ويستطيع القياس عليها. وإذن فلا يجوز لأحد أن يقول بالاستحسان. فإن قيل إن هناك فرقاً بين العالم وغيره. ذلك أن العالم يعرف الأصول، كان الجواب أن معرفة الأصول ليست بمطلوبة في القول بالاستحسان، مادام الاستحسان لا يعنى القياس على هذه الأصول، وبذلك يستوى في القول بالاستحسان العالم بالأصول والجاهلون بها من أهل العقول الراجحة.

الدليل الخامس : استدلال الشافعي على بطلان الاستحسان فقال (١) :

وأفرأيت إذا قال الحاكم والمفتي في النازلة ليس فيها نص خبر ولا قياس ،
وقال : أستحسن فلا بد أن يزعم أن جائزاً لغيره أن يستحسن خلافه ،
فيمتول كل حاكم في بلد ، وكل مفت بما يستحسن ، فيقال في الشيء الواحد
بضر وبمنع من الحكم والفتيا . فإن كان هذا جائزاً عندهم فقد أهملوا أنفسهم ،
فكهموا حيث شاءوا ، وإن كان ضيقاً فلا يجوز أن يدخلوا فيه . وإن قال
الذي يرى منهم ترك القياس بل على الناس اتباع ما قلت . قيل له : من أمر
بطاعتك حتى يكون على الناس اتباعك ؟ ، أو رأيت أن ادعى عليك غيرك
هذا أتطيعه أم تقول لا أطيع إلا من أمرت بطاعته فكذلك لا طاعة لك
على أحد ، وإنما الطاعة لمن أمر الله أو رسوله بطاعته ، والحق فيما أمر الله
ورسوله باتباعه ودل الله ورسوله عليه نصاً أو استنباطاً بدلائل ، أو رأيت
إذا أمر الله بالتوجه قبل البيت وهو مغيب عن المتوجه ، هل جعل له أن
يتوجه إلا بالاجتهاد بطلب الدلائل عليه ، أو رأيت إذا أمر بشهادة العدل
فدل على أن لا يقبل غيرها . هل يعرف العدل من غيره إلا بطلب الدلائل
على عدله . أو رأيت إذا أمر بالحكم بالمثل في الصيد ، هل أمر أن يحكم
إلا بأن يحكم بنظره . فكل هذا اجتهاد وقياس . أو رأيت إذا أمر النبي
صلى الله عليه وسلم بالاجتهاد في الحكم ، هل يكون مجتهداً على غير طلب
عين ، وطلبه العين لا يكون إلا باتباع الدلائل عليها ، وذلك القياس لأن
محالاً أن يقال اجتهد في طلب شيء من لم يطلبه باحتياله ، والاستدلال عليه
لا يكون طالباً لشيء من سنخ على وهمه أو خطر بباله منه .

وخلاصة هذا الدليل أنه إذا جاز لحاكم أن يحكم باستحسانه ، لجاز
ذلك لكل حاكم ، وبذلك تكون الواقعة الواحدة محلاً لأحكام كثيرة

متناقضة ، تختلف باختلاف ذوق كل حاكم ، وما تهواه نفسه ، ويميل إليه طبعه ، وبذلك لا يكون للحق ضابط يرجع إليه في معرفته ، وما هكذا تكون شريعة الله عز وجل الذى أمر باتباع الحق ثم قال : « ولو اتبع الحق أهواءهم لفسدت السموات والأرض ومن فيهن » ، فكان هذا دليلاً على أن للحق ضابطاً غير العقل ، وذلك هو الخبر من الكتاب والسنة ، ثم القياس على الخبر فيما ليس فيه خبر .

ويختتم الشافعى هذه الأدلة بالعبارة الرائعة التى يبين فيها شروط من يجوز له الاجتهاد والقياس فيقول (١) : « وليس للحاكم أن يقبل ، ولا للوالى أن يدع أحداً ، ولا يلغى الملقى أن يفتى أحداً ، إلا متى جمع أن يكون عالماً علم الكتاب ، وعلم ناسخه ومنسوخه ، وخاصه وعامه ، وأدبه ، وعالماً يسنن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وأقارب أهل العلم قديماً وحديثاً ، وعالماً بلسان العرب ، عاقلاً يميز بين المشتبه ، ويعقل القياس ، فإن عدم واحد من هذه الخصال لم يحل له أن يقول قياساً ، وكذلك لو كان عالماً بالأصول غير عاقل للقياس الذى هو الفرع لم يحز أن يقال قس وهو لا يعقل القياس ، وإن كان عاقلاً للقياس ، وهو مضيع لعلم الأصول أو شئ منها لم يحز أن يقال له قس على ما لا تعلم ، كما لا يجوز أن يقال قس لأعمى وصفت له : أجعل كذا عن يمينك وكذا عن يسارك ، فإذا بلغت كذا فانتقل متيامناً وهو لا يبصر ما قبل له يجعله يميناً ويساراً ، وكما لا يجوز لعالم يسوق سلعة منذ زمان ثم خفيت عنه سنة أن يقال له قوم عبداً على صفته كذا لأن السوق تختلف . كما لا يقال لبناء انظر قيمة الخياطة ، ولا لخياط انظر قيمة البناء (٢) .

(١) الأم ٧ : ٢٧٤ .

(٢) راجع الرسالة ٥١٠ . ففيها مثل هذه العبارة الرائعة .

المطلب الثالث

هل يشمل الاستحسان بهذا المعنى المصلحة المرسلة

قلنا إن المصلحة المرسلة هي المصلحة الملائمة ، وعرفنا أن معنى ملاءمة المصلحة دخولها تحت جنس اعتبره الشارع في الجملة بغير دليل معين ، ومعنى هذا أن الفرع وإن لم يشهد له أصل معين أى نص يشهد لعين المصلحة ، فإنه يشهد له أصل كلى مأخوذ من جملة نصوص تفيد القطع في مجموعها على إعتبار الشارع لهذا الأصل . وأن معنى الإرسال فيها قصد به الإرسال عن النص الذى يشهد لعين المصلحة ، وهو المقصود بالنص المعين ، وليس الإرسال مطلقاً عن الأصول وذلك أننا شرطنا في المصلحة الملائمة ، وملاءمة المصلحة لجنس تصرفات الشرع ، إنما تعرف من نصوص الشرع ولا يستقل بها العقل .

وإذن فالمصلحة الملائمة مصلحة تشهد لها النصوص الشرعية ، وفيها يكون المجتهد طالباً للخبر بالقياس في الواقعة التى ليس فيها خبر .

وقد بان من كلام الشافعى رضى الله عنه أن الاستحسان هو التلذذ ، والتعسف والحكم بما سنع على الوهم ، أو خطر على البال ، أو حضر في الذهن ، أو استحسنته المسامع ، وأنه القول بلا خبر ، ولا قياس على الخبر ، وأنه حكم على غير مثال سبق ، وأنه شئ يحدثه المستحسن من عند نفسه . وبالجملة هو الفتوى من غير استناد إلى الكتاب أو السنة ، أو الإجماع ، أو القياس على واحد منها .

والمصلحة الملائمة لا تدخل تحت الاستحسان بهذا المعنى ، إذ هي حكم لا يرجع فيه المجتهد إلى تلذذه وتشهيه ، وإنما يقول به حملاً على النصوص الكثيرة التى شهدت لجنس المصلحة بالاعتبار ، ولقد سبق أن رأينا دخول

المصلحة الملازمة تحت مطلق القياس الذي يراه الشافعي حجة في استنباط حكم الوقائع التي ليس فيها نص حكم لله أو لرسوله . وأنها قياس معنى على معنى كما يقول إمام الحرمين ، وهو أولى من قياس أمر على أمر لمعنى جامع . وعلى ذلك لا تكون المصلحة المرسله داخلة في الاستحسان الذي أبطله الشافعي ، وشدد النكير على القائلين به ، لأنها حمل على النص ، واستنباط للحكم من معقول جملة نصوص تفوق الحصر .

والذي يدخل في الاستحسان بالمعنى الذي يعنيه الشافعي هو المصلحة الغريبة التي لا تلائم تصرفات الشرع ، ولا تدخل تحت مجلس معتبر في الجملة ، ذلك أن هذه المصلحة لا يشهد نص لعينها ، ولا تشهد جملة نصوص لجلسها ، فيكون القول بها استحساناً ، وتشريعاً بالرأى ، وتحكيماً للهوى والفهم . ولقد عرف الغزالي المصلحة الغريبة في كتابيه : المستصفى وشفاء الغليل . فقال في أولهما وهو يقسم الوصف المناسب باعتبار الملازمة مع شهادة الأصل المعين (١) .

« وقد خرج على هذا أن المعنى باعتبار الملازمة وشهادة الأصل المعين ، أربعة أقسام : ملائم يشهد له أصل معين ، يقبل قطعاً عند القائسين ، ومناسب لا يلائم ولا يشهد له أصل معين ، فلا يقبل قطعاً عند القائسين ، فإنه استحسان ووضع للشرع بالرأى ، ومثاله حرمان القاتل لو لم يرد فيه نص لمعارضته بتقيض المقصود فهذا وضع للشرع بالرأى ، ومناسب يشهد له أصل معين لكن لا يلائم ، وهو في محل الاجتهاد ، وملائم لا يشهد له أصل معين ، وهو الاستدلال المرسل ، وهو أيضاً في محل الاجتهاد . »

ويقول في المستصفى أيضاً في باب المصالح المرسله (٢) : « فإن قيل : فقد

(١) المستصفى ج ١ ص ٣٠٥ .

(٢) المرجع السابق ج ١ ص ٣١٠ .

ملتزم في أكثر هذه المسائل إلى القول بالمصالح ، ثم أوردتم هذا الأصل في جملة الأصول الموهومة فليحق هذا بالأصول الصحيحة ليعد أصلاً خامساً بعد الكتاب والسنة والإجماع والعقل ، قلنا هذا من الأصول الموهومة ، إذ من ظن أنه أصل خامس فقد أخطأ لأننا رددنا المصلحة إلى حفظ مقاصد الشرع ، ومقاصد الشرع تعرف بالكتاب والسنة والإجماع ، فكل مصلحة لا ترجع إلى حفظ مقصود فهم من الكتاب والسنة والإجماع وكانت من المصالح الغريبة التي لا تلائم تصرفات الشرع فهي باطلة مطرحة ومن صار إليها فقد شرع ، كما أن من استحسّن فقد شرع ، وكل مصلحة رجعت إلى حفظ مقصود شرعي علم كونه مقصوداً بالكتاب والسنة والإجماع فليس خارجاً عن هذه الأصول ، لكنه لا يسمى قياساً بل مصلحة مرسلّة ، إذ للقياس أصل معين ، وكون هذه المعاني مقصودة عرفت لا بدليل واحد بل بأدلة كثيرة لاحصر لها من الكتاب والسنة وقرائن الأحوال وتقاريق الإمارات تسمى لذلك مصلحة مرسلّة .

ويقول في شفاء الغليل (١) : « ونقسمها (أي المصلحة) نوعاً آخر من التقسيم فنقول : هي تنقسم إلى ما يلغى في الشرع بملاحظة جنسها فهو المعتبر وإلى ما يصادم في محل نصاً للشرع فيتضمن أتباعه تغيير الشرع فهو باطل عندنا ، وإلى ما سكّنت شواهد الشرع عنه ، ونصوصه ، فلا يناقضه نص ، ولا يشهد لجنسه شرع ، فهو المصلحة الغريبة التي يتضمن اتباعها إحداث أمر بديع لا عهد لمثله في الشرع . »

فأنت ترى من هذه النقول الثلاثة أن المصلحة الغريبة هي المصلحة التي لا يشهد الشرع لعينها ، ولا لجنسها ، أو بعبارة أخرى ، لا تستند إلى أصل جزئي ، ولا إلى أصل كلي ، حتى يقال إن الشارع قد شهد لها بالاعتبار ولو في الجملة بدون نص معين ، وهذا هو الاستحسان بعينه كما يهرح بذلك الغزالي .

أما المصلحة التي ترجع إلى مقصود شرعي ، أو كلي شرعي ، فهي مصلحة راجعة إلى النصوص غير خارجة عنها ، والغزالي لا يسميها قياساً ، بل يخصها باسم المصلحة المرسلّة ، وقد رأينا أنه يمكن القول بأن عبارات الشافعي في بيان القياس تفيد أن المصلحة المرسلّة داخلة عنده فيه .

والخلاصة أنه لا يمكن القول بأن المصلحة المرسلّة المستندة إلى كلي الشرع ، والمأخوذ معناها من جملة نصوص تفوق الحصر ، وتدل على القطع في مجموعها ، تدخل تحت الاستحسان الذي أبطله الشافعي وشنع على القائلين به . لأنه إذا كان الاستحسان هو الحكم بلا خبر ولا حمل على خبر ، فإن المصلحة الملازمة حمل على أخبار تفوق الحصر ، وتفيد في معناها القطع ، فإذا رجع القياس العادي إلى معقول نص واحد ، فقد رجعت المصلحة الملازمة إلى معقول عدة نصوص .

وأما المصلحة الغريبة التي لا يشهد الشرع لعينها ، ولا لجلسها ، أو التي لا تستند إلى أصل كلي ولا جزئي فهي داخلة في مفهوم الاستحسان الذي أبطله الشافعي ، بل إن الغزالي يصرح أنها الاستحسان بعينه .

ولقد رأينا عند دراسة نظرية المصلحة عند المالكية أن أحداً منهم لا يقول بالمصلحة الغريبة وإنما هم يقولون بالمصالح الملازمة لجنس اعتبرته الشريعة بنصوصها ، وأن نسبة القول بالمصالح الغريبة إلى إمام دار الهجرة نسبة لا يؤيدها الواقع ، ولا يقوم على صحتها دليل .

المطلب الرابع

علاقة الاستحسان الذى أبطله الشافعى بالاستحسان فى مذهب مالك

عرفنا فيما سبق أن الاستحسان عند المالكية هو العمل بأقوى الدليلين ، وأنه إثارة ترك مقتضى الدليل على سبيل الاستثناء والترخص لمعارضة ما يعارض به فى بعض مقتضياته . وأنه ينقسم أقساماً منها ترك الدليل للعرف ومنها ترك الدليل للإجماع ، وتركه للمصلحة ، وتركه فى اليسير التافه لدفع الحرج والمشقة .

وبذلك يكون الاستحسان عندهم ، عملاً بالإجماع ، أو المصلحة المرسله ، أو العرف ، أو قاعدة رفع الحرج ، فى مقابلة عموم أو قياس .

والإجماع ، والمصلحة الملائمة ، وقاعدة رفع الحرج ، أدلة شرعية عند الشافعى ، لأن الإجماع حجة عند الشافعى ، والمصلحة الملائمة كذلك ، أما قاعدة رفع الحرج فهى قاعدة أخذت من استقرار الشريعة استقرار يفيد القطع فهى إذن قاعدة شرعية تعتمد على الاستقرار ، وأما العرف ، فإن الشافعى لم يصرح بأنه حجة ، إلا أن الشافعى لا يرد العرف فى الأصول .

وإذا كان الإستحسان بهذا عملاً بالأدلة فإن الشافعى لا يخالف فى هذا مطلقاً وفى هذا يقول الشاطبى فى الاعتصام (١) ، بعد أن ذكر تعريفات المالكية للاستحسان ، وإذا كان هذا معناه عن مالك وأبى حنيفة فليس بخارج عن الأدلة البتة ، لأن الأدلة تعيد بعضها بعضاً ، وتخصص بعضها بعضاً ، كما فى الأدلة السنية مع القرآنية ، ولا يرد الشافعى مثل هذا أصلاً .

(١) الاعتصام ج ٢ ص ٣٩ .

المبحث الثاني

موقف الشافعي من قاعدة الذرائع

تمهيد ونفسيه :

لقد تعرض السكاتبون في أصول التشريع ، والدارسون لفقه الشافعي رضي الله عنه ، قديماً وحديثاً ، إلى رأيه في قاعدة الذرائع ، كقاعدة من القواعد التشريعية . واختلفوا فيما توصلوا إليه من نتائج هذه الدراسة ، فبينما يرى البعض أن الشافعي رضي الله عنه لا يسد الذرائع ، ولا يعطي الوسيلة حكم المقصد (١) يرى البعض أن الشافعي يسد الذرائع مطلقاً ، وإذا كان قد روى عنه عدم الأخذ بالقاعدة في بعض الفروع ، فذلك يرجع إلى دليل ترجح عنده العمل به على هذه القاعدة في تلك الفروع ، وإذا ترك دليل لدليل راجح لم يصح إطلاق القول بطلان هذا الدليل (٢) . وقد توسط فريق ثالث فقال : أن الشافعي يعتبر قاعدة الذرائع في بعض الفروع دون بعض ، إلا أن هذا الفريق لم يبين لنا الضابط الذي سار عليه الشافعي فيما يأخذ فيه بقاعدة الذرائع وما يدع (٣) .

أما الفريق الذي قرر أن الشافعي اعتمد قاعدة الذرائع مطلقاً ، وأنه لم يترك تطبيقها إلا إذا عارضها دليل راجح عليها في بعض النوازل ، فقد اعتمد على دراسة فقه الشافعي لأعلى نصوص صريحة تدل على أخذه بها . وقد دلته هذه الدراسة على أن الشافعي ، في بعض النوازل ، يترك الفعل المأذون فيه إذا كان ذريعة إلى مفسدة ، وليس لدى الشافعي دليل على هذا الترك سوى هذه القاعدة التشريعية .

ولما خيل إليه أن الشافعي قد ترك القاعدة في بعض الفروع التي يتحقق

(١) انظر أعلام الموقعين لابن القيم ٣ : ١٤٦ .

(٢) انظر الموافقات للشاطبي ٣ : ٣٠٥ .

(٣) انظر الفروق للقرافي ٢ : ٣٢ ، شرح تنقيح الفصول ٢٠٠ .

فيها مناطها ، في نظره ، قرر أن السبب لذي دعا الشافعي إلى ترك العمل بالقاعدة في هذه الفروع يتمثل في وجود دليل راجع على هذه القاعدة . في نظره ، غير أنه لم يكشف لنا عن هذا الدليل . وسوف نرى أن هذا الفريق لم يكن بحاجة إلى استنباط رأى الشافعي من بعض الفروع ، لأن الشافعي قد نص صراحة على الأخذ بقاعدة الذرائع . واعتبارها أصلا من أصول التشريع . هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى ، فإن الفروع التي خيل لهذا الفريق أنها تدخل تحت القاعدة ، ويتحقق فيها مناطها ، ليست كذلك ، وعلى هذا فلم يكن بهذا الفريق حاجة إلى الاعتذار عن عدم أخذ الشافعي بالقاعدة فيها ، بأن هناك دليلا راجع عدم الأخذ بها عنده .

وأما من قال أن الشافعي لا يسد الذرائع ، ولا يعطى الوسائل حكم المقاصد ، فقد اعتمد على ظاهر عبارات وردت على لسان الشافعي نفسه ، فهم منها رفض الشافعي لهذه القاعدة .

وسوف نرى واضحا ، أن هذه العبارات وردت في فروع لم يتحقق فيها مناط القاعدة ، فلم يسد الشافعي فيها الذرائع ، لعدم انطباق القاعدة عليها ، وليس لعدم اعتباره القاعدة دليلا في الأحكام . وفرق بين عدم الأخذ بدليل معين لأنه ليس دليلا ، وبين عدم الأخذ به ، في بعض الفروع ، لعدم تحقق مناطه فيها أو انطباقه عليها ، أو دخولها تحتها .

وأما من قال إن الشافعي يأخذ بقاعدة الذرائع تارة ، ويترك الأخذ بها تارة أخرى ، فسنده أن الشافعي سد بعض الذرائع ، ولكن هذا يفيد هذه أن الشافعي يسد الذرائع في الجملة ، لا على وجه الإطلاق والعموم . وإنما قال ذلك اعتمادا على العبارات التي احتج بها الفريق السابق على عدم أخذ الشافعي بقاعدة الذرائع فيها ، وإنما اختلف التفسيران . فبينما يرى هذا الفريق أن الشافعي لم يأخذ بقاعدة الذرائع في هذه الفروع لعدم

حجية القاعدة بالنسبة لها ، يرى الفريق السابق أنه لم يطبق عليها القاعدة لوجود دليل راجح عليها .

وجوابنا على هذا الفريق هو جوابنا على الفريق السابق . فالشافعي لم يسد الذرائع في بعض الفروع ، لأن مناط القاعدة غير متحقق في هذه الفروع ، وليس لعدم حجية القاعدة فيها ، ولا لوجود الدليل الراجح عليها فيها ، وبذلك يكون الشافعي آخذاً بقاعدة الذرائع مطلقاً في كل نازلة تحقق بالنسبة لها مناطها .

ولقد قسمت هذا المبحث إلى فروع ثلاثة :

الفرع الأول : عرضت فيه الأدلة على أخذ الشافعي بقاعدة الذرائع .

الفرع الثاني : خصصته للرد على شبهة من زعموا أن الشافعي لا يأخذ بالذرائع مطلقاً ، أو يأخذ بها في بعض الفروع دون بعض ، لعدم اعتبارها دليلاً في هذه الفروع ، أو لوجود الدليل المعارض لها فيها .

الفرع الثالث : قدمت فيه بعض تطبيقات من المذهب الشافعي لقاعدة الذرائع .

الفرع الأول

الدليل على أخذ الشافعي بقاعدة الذرائع

وفي هذا الفرع أعرض نص الشافعي على اعتبار هذه القاعدة ، ثم أردفه بما يدل على أن شيوخ الشافعية يشاركون إمامهم في اعتبار هذه القاعدة من القواعد التشريعية في الفقه ، إليها يرجع الفقيه وعليها يعتمد في التفريع وتشريع الأحكام .

أولاً - نص الشافعى على اعتبار القاعدة

يقول الشافعى رضى الله عنه فى الأم (١) قال الشافعى : «كل ماء ببادية يزيد فى عين أو بئر أو نهر ، بلغ مالكة منه حاجته لنفسه وماشيقته ، وزرع أن كان له ، فليس له منع فضله عن حاجته من أحد يشرب أو يسقى ذا روح خاصة دون الزرع ، وليس لغيره أن يسقى منه زرعاً ولا شجراً ، إلا أن يتطوع بذلك مالك الماء . وإذا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « من منع فضل الماء لينع به الكلأ منعه الله فضل رحمته ، فى هذا دلالة إذا كان الكلأ شيئاً من رحمة الله ، أن رحمة الله رزق خلقه عامة للمسلمين ، وليس لواحد منهم أن يمنعها من أحد ، إلا بمعنى ما وصفت من السنة والأثر الذى فى معنى السنة . وفى منع الماء لينع به الكلأ الذى هو من رحمة الله عام يحتمل معنيين : أحدهما : أن ما كان ذريعة إلى منع ما أحل الله لم يحل ، وكذلك ما كان ذريعة إلى إحلال ما حرم الله تعالى . (قال الشافعى) فإن كان هذا هكذا ، فى هذا ما يثبت أن الذرائع إلى الحلال والحرام تشبه معانى الحلال والحرام ، ويحتمل أن يكون منع الماء إنما يحرم لأنه فى معنى تلف على ما لا غنى به لذوى الأرواح والادمين وغيرهم ، فإذا منعوا فضل الماء متعوا فضل الكلأ ، والمعنى الأول أشبه والله أعلم . »

ويؤخذ من هذا النص أمور :

١ - أن قاعدة الذرائع من القواعد التشريعية التى يعتمد عليها الفقيه فى إعطاء حكم شرعى لكل واقعة تعن ، أو نازلة تجد ، دون أن يوجد فيها بعينها نص حكم الله أو لرسوله .

٢ - أن هذه القاعدة عامة التطبيق فى كل ما تحقق فيه مناطها لا يؤخذ بها فى بعض الفروع دون بعض . يدل لذلك إطلاق عبارة الشافعى رضى الله عنه فى قوله إن « ما كان ذريعة إلى منع ما أحل الله لم يحل ، وكذلك ما كان

ذريعة إلى إحلal ما حرم الله تعالى ، وفي قوله « أن الذرائع إلى الحلal والحرام تشبه معنى الحلal والحرام ، ولو كان الشافعى يأخذ بالقاعدة فى بعض الفروع دون بعض ، كما يرى بعض الكتاب لنبه على ذلك .

٣ — أن قاعدة الذرائع تعمل فى شقيها عند الشافعى ، ومعنى هذا أن الذريعة إلى الحلal فى معنى الحلal وتأخذ حكمه ، وأن الذريعة إلى الحرام فى معنى الحرام وتأخذ حكمه ، أو بعبارة المالكية : الذريعة إلى المصاحبة تفتح ، وإلى المفسدة تسد .

٤ — أنه بالمقارنة بين عبارة الشافعى ، وعبارات شيوخ المالكية فى شأن الذرائع يتبين أنه لا فرق بين مذهب الشافعى وما نسبته هؤلاء الشيوخ لإمامهم ، لا فى أصل اعتبار القاعدة ، ولا فى مضمونها ، ولا فى نطاق الأخذ بها ، كما سنفصله فيما بعد . وإليك بعض العبارات التى عرض بها شيوخ المالكية رأى إمامهم فى قاعدة الذرائع ، ليظهر لك حقيقة ما نقول . يقول القرافى فى الفروق^(١) : « ففى كان الفعل السالم من المفسدة وسيلة إلى المفسدة منع مالك من ذلك الفعل ، .

ويقول^(٢) : « فبما أن وسيلة المحرم محرمة ، فوسيلة الواجب واجبة ... والوسيلة إلى أفضل المقاصد أفضل الوسائل ، وإلى أقبح المقاصد أقبح الوسائل ، وإلى ما يتوسط متوسطة ، .

ويقول الشاطبى^(٣) ، فى بيان معنى التذرع الممنوع أنه : « التذرع بفعل جائز إلى عمل غير جائز : فالأصل على المشروعية ، لكن مآله غير مشروع ، . فإنه بأدنى تأمل يظهر أنه لا فرق بين هذه العبارات التى عرض بها شيوخ المالكية مذهب إمامهم فى الذرائع ، وبين قول الشافعى رضى الله عنه فى عبارته القصيرة « إن ما كان ذريعة إلى منع ما أحل الله لم يحل ، وكذلك

(١) الفروق ٢ ، ٣٢ .

(٢) المرجع السابق ٢ ، ٣٣ .

(٣) الموافقات ٤ ، ١٩٨ .

ما كان ذريعة إلى إحلال ما حرم الله تعالى . . . وأن الذرائع إلى الحلال والحرام تشبه معاني الحلال والحرام . .

هـ - أن الوسيلة أو الذريعة تأخذ حكم المقصد ، أو المظنة تعطى حكم المظنون ، بلا زيادة ولا نقصان . فإذا كان الفعل ذريعة إلى الممنوع منع ، ولذلك ترك الشافعي الأضحية في بعض الأوقات ، لما كان فعلها دائماً ذريعة إلى الممنوع ، وهو اعتقاد العامة وجوبها . وإذا كان الفعل ذريعة إلى المحرم حرم كما في بيع العينة يحرم إذا قصد به الربا عند الشافعي ، ولا يبطل ، لأن القصد نفسه لا يبطل العقد ما لم يذكر في صلب العقد . فما كان ذريعة إليه لا يبطل ، لأن الذريعة تأخذ حكم المتذرع إليه دون زيادة . وقد كان القصد إلى الربا حراماً غير مبطل للعقد ، فكذلك ما كان مظنته ، وهو بيع العينة . وقد رأينا أن القصد المحرم يبطل العقد عند أصحاب النظرية الذاتية من المالكية والحنابلة ، ولذلك أبطلوا ما كان ذريعة ومظنة لهذا القصد ، فأبطلوا بيوع الآجال ، ونكاح المحلل ، وبيع السلاح في زمن الفتنة ، وعصير العنب للخارطرداً لقاعدة الذرائع عندهم ، كما طردها الشافعي في الحكم بصحة هذه العقود ؛ لأنها مظنة إلى قصد الحرام ، وقصد الحرام وحده عنده لا يبطل العقد ، فكذلك مظنته ، وما اتخذ ذريعة للوصول إليه . وسنرى أن بعض الكتابين أخذ من عدم إبطال الشافعي لبيوع الآجال ، ونكاح المحلل ، أنه لا يسد الذرائع ولا يعطى أحكام المقاصد للوسائل . والواقع غير ذلك ، كما أشرنا إليه قبل ، وكما سنبينه بعد إن شاء الله تعالى . وأن قاعدة الذرائع لا يتحقق مناط تطبيقها على بيوع الآجال وما ذكر معها عند الشافعي ، لأنه إذا كانت القاعدة تعني إعطاء الوسيلة حكم المقصد ، والمظنة حكم المظنون ، فإن بيوع الآجال ، وما ذكر معها ، ذريعة إلى القصد المحرم غير المبطل ، فتكون محرمة ، غير باطلة .

ثانياً - رأى شيوخ الشافعية في قاعدة الذرائع

يؤكد بعض شيوخ الشافعية الذين كتبوا في المصالح أن قاعدة الذرائع من القواعد التي يعتمد عليها في مذهب الشافعي رضي الله عنه في بيان حكم الوقائع التي تجد إذا لم يكن هناك نص يدل على حكم فيها بعينها . وإليك ما قاله شيخ الإسلام العز بن عبد السلام في كتابه قواعد الأحكام في مصالح الأنعام مؤكداً اعتبار قاعدة الذرائع في الشريعة والاعتماد عليها في الاستنباط وتشريع الأحكام . ثم تقسيمه للذرائع إلى المفاسد .

١ - رأى ابن عبد السلام في اعتبار الذرائع :

يقول رحمه الله (١) ، يختلفون في وسائل المخالفات باختلاف رذائل المقاصد ومفاسدها . فالوسيلة إلى أرذل المقاصد أرذل الوسائل ، فالتوسل إلى القتل أرذل من التوسل إلى الزنا ، والتوسل إلى الزنا أقبح من التوسل إلى الأكل بالباطل ، والإعانة على القتل بالإمساك أقبح من الدلالة عليه ، وكذلك مناوله آلة القتل أقبح من الدلالة عليه ، والنظر إلى الأجنبية محرم لكونه وسيلة إلى الزنا ، والخلو بهما أقبح من النظر إليهما . وهكذا تختلف رتب الوسائل باختلاف قوة أدائها إلى المفاسد ، فإن الشهوة تشد بالعناق بحيث لا تطاق ، وليس كذلك النظر ، وكلما قويت الوسيلة في الأداء إلى المفسدة كان إثمها أعظم من إثم ما نقص عنها ، والبيع الشاغل عن الجمعة حرام لا لأنه يبيع بل لكونه شاغلاً عن الجمعة . فإن ربت مصلحة التصرف على مصلحة الجمعة قدم ذلك التصرف على الجمعة لفضل مصلحة على مصلحة أداء الجمعة ، فيقدم إنقاذ الغريق ، وإطفاء الحريق على صلاة الجمعة ، وكذلك يقدم الدفع عن النفوس والإبضاع عن صلاة الجمعة ، ولو تصرف ببيع أوهبة أو غير ذلك من التصرفات وهو ذاهب إلى الجمعة تصرفاً لا يشغله عن

(١) قواعد الأحكام في مصالح الأنعام ١ ، ١٧٠ .

الجمعة لم يحرم ذلك ، لخروجه عن كونه وسيلة إلى ترك الجمعة ، وكذلك النهى عن المنكر وسيلة إلى دفع مفسدة ذلك المنكر المنهى عنه رتبته فى الفضل والثواب مبنية على رتبة دره مفسدة الفعل المنهى عنه فى باب المفساد وإذا علم الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر أن أمره ونهيه لا يجديان ولا يفيدان شيئاً أو غلب على ظنه ، سقط الوجوب لأنه وسيلة .. والوسائل تسقط بسقوط المقاصد ... وقد تجوز المعاونة على الإثم والعدوان والفسوق والعصيان ، لامن جهة كونه معصية ، بل من جهة كونه وسيلة إلى مصلحة ، وله أمثلة : منها ما يبذل لفتحكك الأسرى ، فإنه حرام على أخذه مباح لبأذليه ، ومنها أن يريد الظالم قتل إنسان مصادرة على ماله ، ويغلب على ظنه أنه يقتله إن لم يدفع إليه ماله . فإنه يجب عليه بذل ماله فكما كان لنفسه ، ومنها أن يكره امرأة على الزنا ولا يتركها إلا بافتداء بمالها أو بمال غيرها فيلزمها ذلك عند إمكانه ، وليس هذا عند التحقيق معاونة على الإثم والعدوان ، والفسوق والعصيان ، وإنما هو إغاثة على دره المفساد ، فكانت المعاونة على الإثم والعدوان فيها تبعاً لا مقصوداً .

ثم يقول فى بيان الجانب الآخر لقاعدة الذرائع (١) : و يختلف أجر وسائل الطاعات باختلاف فضائل المقاصد ومصالحها ، فالوسيلة إلى أفضل المقاصد أفضل من سائر الوسائل ... وكلما قويت الوسيلة فى الأداء إلى المصلحة كان أجرها أعظم من أجر ما نقص عنها ... ويدل على فضل التوصل إلى الجهاد قوله تعالى ذلك بأنهم لا يصيبهم ظمأ ولا نصب ولا مخمصة فى سبيل الله ولا يطمئنون موطئاً يغيظ الكفار ولا ينالون من عدو نيلاً إلا كتب لهم به عمل صالح ، وإنما أثيبوا على الظمأ والنصب وليس من فعلهم لأنهم تسببوا إليهما بسفرهم وسعيهم . وعلى الحقيقة فالتأهب للجهاد والسفر إليه ، وإعداد الكراع والسلاح والخيول وسيلة إلى الجهاد الذى هو وسيلة

إلى إعزاز الدين وغير ذلك من مقاصد الجهاد فالمقصود ما شرع الجهاد لأجله ، والجهاد وسيلة إليه ، وأسباب الجهاد كلها وسائل إلى الجهاد الذي هو وسيلة إلى مقاصده ، فالاستعداد إليه من باب الوسائل ... ولا شك أن الوسائل تسقط بسقوط المقاصد .

وإنما نقلت لك كلام ابن عبد السلام على طوله لأن فيه شرحاً وافياً لقاعدة الذرائع ، وأنها من القواعد المعتمدة في الفقه الشافعي يرجع إليها الفقيه في الاجتهاد ويبني أحكامه في الوقائع غير المنصوصة على وفقها .

وفي هذا النص تناول ابن عبد السلام جوانب قاعدة الذرائع وفصل أحكامها ، وحدد نطاق الأخذ بها تماماً كما فصل شيوخ المالكية . وهذا يؤكد ما سبق أن قلناه من أن الشافعي رضى الله عنه لا يخالف شيخه إمام دار الهجرة ، في هذه القاعدة لا من حيث أصل الأخذ بها ، ولا من حيث مضمونها ، ولا من حيث نطاق تطبيقها وأنه إذا خالف الشافعي مالكا في عدم إبطال بيع الآجال ، فذلك لأن مناط القاعدة لا يتحقق في هذه البيوع ، كما سبق لنا شرحه .

١ - فابن عبد السلام يقرر أن الوسائل تأخذ حكم المقاصد ، فالوسيلة إلى أفضل المقاصد أشرف الوسائل ، وإلى أرذل المقاصد أرذل الوسائل . ولقد سبق أن رأينا القرافي المالكي يعبر عن هذا الجانب من جوانب القاعدة بقوله « والوسيلة إلى أفضل المقاصد أفضل الوسائل ، وإلى أقبح المقاصد أقبح الوسائل وإلى ما يتوسط متوسطة » (١) .

٢ - أن المعاونة على الإثم والعدوان ، والفسوق والعصيان تجوز لا من جهة كونها معصية ، بل من جهة كونها وسيلة إلى مصلحة راجحة على مفسدة المعاونة لأن المفسدة المرجوحة مطرحة ملغى اعتبارها عند معارضتها

المصلحةراجعة . ولقد رأينا القرافى المالكي يعبر عن هذا الجانب بقوله :
« قد تكون وسيلة المحرم غير محرمة إذا أفضت إلى مصلحة راجحة » ، وضرب
لهذا الجانب نفس الأمثلة التي مثل بها ابن عبد السلام .

٣ - أن الوسائل تسقط بسقوط المقاصد ، فإذا علم المتصدى الأمر
بالمعروف والنهي عن المنكر أن أمره ونهيّه ان يوصل إلى المقصود منهما
من ترك المنكر وفعل المعروف سقط عنه الأمر والنهي ، تطبيقاً لهذه
القاعدة ، إذ لا يبقى محل لطلب الوسيلة إذا تحققنا من عدم حصول المقصود
ومن سقط عنه وجوب الجهاد ، سقط عنه إتخاذ الوسائل إليه وإعداد
العدة له . وهكذا إذا كان الشارع قد كلف بالوسيلة لمقصد معين ، فإن الأمر
بها يسقط في الحالات التي لا يتحقق فيها حصول هذا المقصود .

ولقد رأينا القرافى المالكي يعبر عن هذا الجانب بقوله : « كلما سقط
اعتبار المقصد سقط اعتبار الوسيلة ، فإنها تبع في الحكم ، وهذا النظر داخل
تحت أصل إعتبار المآل الذي نادى به الشاطبي رضى الله عنه ، إذ الغرض
أن الفعل المتوصل به شرع لمصلحة معينة ، فإذا حصل اليقين بعدم ترتيب
تلك المصلحة على الفعل في بعض الحالات ، لم يصبح هذا الفعل مشروعاً
بالنظر إلى المآل .

والخلاصة أن كلام ابن عبد السلام الشافعي يلتقي مع كلام شيوخ
المالكية ، فيما يتعلق بحجية قاعدة الذرائع ، ومضمونها ، ونطاق الأخذ بها ،
وأن ذلك يتفق مع ما نص عليه الشافعي نفسه في كتابه الأم من الأخذ
بقاعدة الذرائع على الإطلاق ، وينفي ما ذهب إليه البعض من أن الشافعي
لا يعتمد الذرائع كقاعدة من قواعد التشريع أو أنه يحد من نطاق تطبيقه ،
ويقصر العمل به على بعض الحالات . كما فهمه بعض الكتاب .

٢ - أقسام الذرائع :

وإذا كان القرافي المالكى يقسم الذرائع بالنسبة إلى المقاصد ،
أو الأسباب بالنسبة إلى المسببات أقساماً ثلاثة ، والشاطبي يزيد فيها قسماً
رابعاً ، فإن العز بن عبد السلام يقسم الوسائل أو الأسباب بالنسبة
للأضرار أو المفاسد التي تؤدي إليها أقساماً ثلاثة فيقول (١) :

« أسباب الضرر أقسام :

أحدها : ما لا يختلف مسببه عنه ، كالإلقاء في النار وشرب السم .
فهذا ما لا يجوز الإقدام عليه ، في حال اختيار ولا في حال إكراه .

القسم الثاني : ما يغلب ترتب مسببه عليه ، وقد ينفك عنه نادراً .
فهذا أيضاً لا يجوز الإقدام عليه لأن الشارع أقام الظن مقام العلم في
أكثر الأحوال .

القسم الثالث : ما لا يترتب مسببه إلا نادراً . فهذا لا يحرم الإقدام
عليه . إذ لا يجوز تعطيل المصالح الغالبة لوقوع المفاسد النادرة ، .

فهذا تقسيم للذرائع من حيث قوة أداها الوسيلة إلى الفساد والضرر ،
أو الأسباب إلى المسببات . وهو يلتقي مع تقسيم شيوخ المالكية لها في
الجملة . فلقد رأينا القرافي يقسمها أقساماً ثلاثة : ذريعة تؤدي إلى الضرر
قطعاً أو ظناً ، وقال إن الأمة أجمعت على سدها . وذريعة تؤدي إلى الضرر
نادراً ، وقال أن الأمة أجمعت على عدم سدها . وذريعة تؤدي إلى الفساد
كثيراً ، وقال أنها محل خلاف بين الأئمة . ولقد جعل الشاطبي القسم
الأول قسمين : ذريعة تؤدي إلى الفساد قطعاً ، وذريعة تؤدي إلى الفساد
ظناً ، وحكى الاتفاق على السد في القسم الأول ، وقال أن القسم الثاني يشمل

الخلاف والنظر ، ثم رجع السد فيه . وابن عبد السلام يجعل الأقسام ثلاثة كما فعل القرافى ، ذريعة تؤدى إلى الضرر قطعاً ، وذريعة تؤدى إلى الضرر غالباً ، وذريعة تؤدى إلى الضرر نادراً . وقرر أنه لا يجوز الإقدام على القسمين الأولين ، أما الأول فلأن الذريعة توصل قطعاً إلى الضرر ، وأما الثانى فلأن الشارع أقام الظن مقام العلم فى أكثر الأحوال . أما القسم الثالث ، فىرى ابن عبد السلام ، موافقاً شيوخ المالكية ، أن الذريعة فيه لا تسد ، لأنه لا يجوز تعطيل المصالح الغالبة لوقوع المفاسد النادرة .

والذى يهمنى فى هذا المقام هو تأكيد أن الشافعية يسرون فى نفس الاتجاه الذى سار فيه المالكية بخصوص إعطاء الوسائل حكم المقاصد ، وسد ذرائع الشر ، وحسم طرق الفساد . فالأصل متفق عليه ، والخلاف فى التفريع والتطبيق .

الفرع الثانى

رد شبه الداهيين إلى أن الشافعى لا يسد الذرائع

وفى هذا الفرع نعرض أولاً رأى ابن القيم الذى قرره فى كتابه : أعلام الموقعين ، ومضمون هذا رأى أن الشافعى لا يسد الذرائع إلى المفاسد ، ولا يعطى الوسائل حكم المقاصد . وثانياً ، رأى القرافى المالكي ومؤداه أن الشافعى يسد بعض الذرائع دون البعض الآخر ، فلا يطبق القاعدة على وجه العموم . وثالثاً ، رأى الشاطبى الذى وإن قرر أن الشافعى يأخذ بقاعدة سد الذرائع مطلقة عامة ، إلا أنه يرى أن الشافعى لم يأخذ بقاعدة الذرائع فى بيوع الأجال لوجود الدليل المعارض الراجح على إعمال القاعدة فى هذه البيوع .

أولاً - رأي ابن القيم

يرى ابن القيم أن هناك تلازماً بين اعتبار المقاصد والنيات في العقود والتصرفات ، وبين قاعدة سد الذرائع ، والشرط المتقدم . ومعنى هذا أن من يقول بتأثير القصد الفاسد ، والباعث غير المشروع في العقد أو التصرف بالبطان ، يقول بقاعدة سد الذرائع ، وبطلان العقد بالشرط المتقدم الذي لم يذكر في صلب العقد . وعلى العكس ، فإن من يرى أن النية الفاسدة ، والقصد المحرم لا يبطل العقد قضاء ، وأن حرم ديانة ، لا يسد الذرائع ، ولا يعطى الوسائل حكم المقاصد ، ولا يرى أن الشرط المتقدم يبطل العقد ، ولو كان بحيث لو قارنه وذكر في صلبه لأبطله . وإليك عبارة ابن القيم في هذا الخصوص .

يقول رحمه الله عند مناقشة قول الشافعي رضى الله عنه : « ولا تفسد العقود بأن يقال هذه ذريعة ، وهذه نية سوء ... » إلى آخر عبارته : وقوله « ولا تفسد العقود بأن يقال هذه ذريعة وهذه نية سوء - إلى آخره » فإشارة منه إلى قاعدتين ، إحداهما : أن لا اعتبار بالذرائع ولا يراعى سدها ، والثانية : أن القصد غير معتبرة في العقود ، والقاعدة المتقدمة أن الشرط المتقدم لا يؤثر ، وإنما التأثير للشرط الواقع في صلب العقد ، وهذه القواعد متلازمة ، فمن سد الذرائع اعتبر المقاصد وقال : يؤثر الشرط متقدماً ومقارناً ، ومن لم يسد الذرائع لم يعتبر المقاصد ولا الشروط المتقدمة ، ولا يمكن إبطال واحدة منها إلا بإبطال جميعها .

فأنت تراه يربط بين قاعدة سد الذرائع ، وأثر القصد ، والشرط المتقدم في العقد ، وأنه لا يمكن إبطال قاعدة من هذه القواعد الثلاث إلا بإبطال جميعها ، وأنه إذا بطلت واحدة منها فقد بطل جميعها . ولذلك أقام ابن القيم نظرية المصلحة

٢٦ - نظرية المصلحة

القيم الأدلة على قاعدة سد الذرائع ، لتقوم له الحجة على الشافعي في تأثير القصد الفاسد والنية المحرمة ، والشرط الباطل المتقدم ، في بطلان العقود والتصرفات ، مادامت هذه القواعد متلازمة ، تبطل جميعها بإبطال واحدة منها .

وما قاله ابن القيم ليس بصحيح للأسباب الآتية :

١ - أن هذا التلازم وإن كان صحيحاً فيما يتعلق بأصحاب النظرية الذاتية من المالكية والحنابلة ، فإنه ليس صحيحاً في حق أصحاب النظرية الموضوعية من الشافعية والحنفية . فأصحاب النظرية الأولى يقررون أن القصد المحرم والباهث غير المشروع يبطل التصرف قضاء ، إذا ثبت ذلك القصد ، وظهر هذا الباهث بطريق من طرق الإثبات الشرعية . وهذا هو تأثير المقاصد والنيات ، والشروط المتقدمة في العقد عندهم .

وفوق ذلك فإنهم يقولون إن العقد إذا كان ذريعة لأن يقصد به المحرم ، ومظنة للبائع غير المشروع فإنه يبطل ، ولو لم يثبت القصد الفاسد أو الباهث غير المشروع ، بل ولو أثبت العاقدان أنهما إنما قصدا ما يجوز قصداً من المصالح الشرعية . فبيوع الآجال مظنة لأن يكون العاقدان قد قصداً بها الربا المحرم . ولذلك يحكم هذا الفريق من الفقهاء ببطلان هذه العقود ، اعتماداً على كثرة قصد الناس بها إلى الربا المحرم ، ولو لم يقصد العاقدان بها سوى مصالح البيع التي من أجلها شرع .

وهنا نجد التلازم بين قاعدة سد الذرائع ، وقاعدة تأثير المقاصد والنيات في العقود كما يقرر ابن القيم ؛ إذ القصد والباهث لما كان مبطلاً للعقد قضاء ، كانت الذريعة إلى هذا القصد باطلة قضاء . أو بعبارة أخرى ، لما كان بيع العينة ذريعة لأن يقصد به الربا ، وكان قصد الربا بالعقد مبطلاً له ، كان بيع العينة باطلاً .

وأما أصحاب النظرية الظاهرية من الشافعية والحنفية فإنهم يقررون أن النية المحرمة ، والباعث غير المشروع على العقد أو التصرف لا يبطل ذلك العقد أو التصرف ، وإن قامت الأدلة عليه ، مادام ذلك القصد لم يذكر في صلب العقد ، ولم يصرح به العاقدان وقت انعقاده . وهنا تفرق النظرية الظاهرية عن النظرية الذاتية .

وإذا كان القصد الفاسد والباعث المحرم لا يبطل العقد أو التصرف عند أصحاب هذه النظرية ، فإن ما كان ذريعة إلى هذا القصد ، أو مظنة لذلك الباعث لا يبطل من باب أولى ، وهذا وإن كان يخالف فيه أصحاب النظرية الظاهرية أصحاب النظرية الذاتية أيضاً ، إلا أنه تطبيق منهم لقاعدة الذرائع أيضاً ، لأن هذه القاعدة تعني إعطاء الوسيلة والمظنة حكم المظنون والقصد الحرام ليس مبطلاً للتصرف عند أصحاب هذه النظرية حتى تجعل مظنته والوسيلة إليه باطلة ، وظهر عدم اعتبار هذه المدرسة لقاعدة تأثير المقاصد والنيات في العقود ، مع أخذها بقاعدة الذرائع ، وبطل ادعاء ابن القيم التلازم بين القواعد الثلاث .

وفوق ذلك فإن أصحاب النظرية الموضوعية ، يأخذون بقاعدة الذرائع في غير بيوع الآجال كما سنرى ، إذ نطاق هذه القاعدة ليس هو العقود فقط ، بل تدخل في غير العقود ، كما يظهر من كلام ابن القيم نفسه ، فلقد ذكر تسعة وتسعين دليلاً على اعتبار قاعدة الذرائع ، وفيها أربعة أدلة تختص بالعقود ، بل إن الاحتماف يطبقون قاعدة الذرائع على بعض العقود أيضاً كما في بيع العينة .

كما أن الشافعي قد نص على أنه يأخذ بقاعدة الذرائع ، ولا أدنى كيف غفل ابن القيم عن هذا النص مع غزارة علمه وسعة اطلاعه . ولقد سبق أن نقلنا لك نص الشافعي في الأخذ بقاعدة الذرائع ، وابن القيم اجتهد

في التعرف على مذهب الشافعي في الذرائع من بعض الفروع وظواهر النصوص ، ومن القواعد المقررة أنه لا اجتهد مع النص . وإذا كان الشافعي لم يبطل بيع الأجال ، وكل تصرف كان الباعث عليه حراماً ، والقصد منه غير مشروع ، فإنه قد أكد أنه لم يأخذ بها لأن مناطها غيره متحقق في هذه العقود لأن الشافعي قد قامت عنده الأدلة على أن القصد الباطل لا يبطل العقد ما لم يذكر في صلبه ، وبناء على ذلك ، فإن العقد الذي ينظر أنه قد قصد به المحرم لا يبطل ، مادام القصد نفسه إذا ثبت لا يبطل العقد . وسمع إليه يقول (١) :

« ولو جاز أن نبطل من البيوع بأن يقال متى خاف أن تكون ذريعة إلى الذي لا يحل ، كان أن يكون اليقين في البيوع بعقد ما لا يحل أولى أن يرد به من الظن . ألا ترى أن رجلاً لو اشترى سيفاً ونوى بشرائه أن يقتل به ، كان الشراء حلالاً ، وكانت النية بالقتل غير جائزة ، ولم يبطل بها البيع » .

ويقول (٢) : « فإذا دل الكتاب ثم السنة ، ثم عامة حكم الإسلام على أن العقود ، إنما يثبت بالظاهر عقدها لا يفسدها نية المتعاقدين ، كانت العقود إذا عقدت في الظاهر صحيحة ، أولى ألا تفسد بتوهم غير عاقدتها على عاقدتها ، ثم سيما إذا كان توهماً ضعيفاً » .

ويقول (٣) : « قال الشافعي : وإذا لم يفسد على المتبايعين نيتهم أو كلاهما فكيف أفسدت عليهما ، بأن أركنت (٤) عليهما أنهما نويًا ، أو أحدهما

(١) الأم ٧ : ٢٧٥ .

(٢) المرجع السابق ٧ : ٢٧٠ .

(٣) المرجع السابق ٤ : ٤٢٠ .

(٤) زكن كفرح ، وأزكنه علمه وفهمه وتفكره وظنه ، والأزكان أن تفهم الأمر بالظن والفراصة ، والاسم الزكاة ، القاموس مادة زكن .

شيئاً ، والعقد صحيح فأفسدت العقد الصحيح بأزكانك أنه نوى فيه ما لو شرط في البيع أو في النكاح لفسد .

فأنت ترى أن الشافعي لم يبطل بيع الوعد وما ذكر معها لعدم تحقق مناط قاعدة الذرائع فيها ، لأنه إذا كان الأخذ بالقاعدة يعني أن الوسيلة حكم المقصد ، وللمظنة حكم المظنون ، فإن هذه القاعدة لا يؤدي تطبيقها على هذه البيوع إلى إبطالها ، ذلك أن هذه البيوع مظنة لأن يقصد بها المحرم ، والقصد المحرم لو ثبت لما أبطل العقد ، فكيف تبطل مظنته . ولا يؤخذ من عدم إبطال الشافعي لهذه العقود أنه يرد قاعدة الذرائع مطلقاً ، ولا يعطى للوسيلة حكم المقصد ، كما صرح به ابن القيم بل كل ما فيه أن قاعدة الذرائع لم تطبق على هذه العقود لعدم تحقق مناطها فيها عند الشافعي ، فإذا ما تحقق مناط القاعدة في غيرها أخذ الشافعي بها كما صرح بذلك وقال : إن الذرائع إلى الحرام والحلال في معنى الحلال والحرام .

وإذا ثبت بطلان دعوى ابن القيم التلازم بين هذه القواعد الثلاث ، وما ترتب عليها من أن الشافعي لا يسد الذرائع ، لأنه لا يرى أن المقصد المحرم والنية الفاسدة دخلا في إبطال العقود فإن الأدلة التي أقامها ابن القيم على بطلان الذرائع ، لا معنى لها في مقام الاحتجاج على الشافعي في دعواه عدم تأثير المقصد على العقد قضاء . ذلك أن الشافعي يأخذ بالذرائع ، وأدلة ابن القيم أدلة للشافعي نفسه ، غير أن الأخذ بهذه القاعدة لا يلزم منه ضرورة ، القول بأن المقصد الباطل تأثيراً في إبطال العقود والتصرفات . كما سبق لإثباته من عدم التلازم بين القاعدتين عند أصحاب النظرية الظاهرية . فالذرائع تعنى إعطاء الوسيلة حكم المقصد ، والشافعي يسلم بذلك ، ولكنه يقول في بيع الوعد إن العقد مظنة لأن يقصد به المحرم ، وقصد المحرم حرام ولكنه لا يبطل العقد ، فأعطى الوسيلة حكم المقصد ، ولكن حكم الأخير هنا هو الحرمة لا البطلان قضاء .

ثانياً — رأى القرافي

رأينا أن القرافي المالكى يقسم الذرائع أقساماً ثلاثة : قسم أجمعت الأمة على سده ، وقسم أجمعت على عدم سده ، وقسم يقول مالك بسده ، ويخالفه فيه الشافعى (١) . وقد مثل لهذا القسم بيوع الآجال ثم قال : « اعتبرنا نحن الذريعة فيها ، وخالفنا غيرنا » .

فظاهر كلام القرافي يفيد أن الشافعى لا يطرد قاعدة الذرائع ، بل يأخذ بها فى بعض الفروع ، ويترك الأخذ بها فى البعض الآخر ، وما ترك فيه الأخذ بها بيوع الآجال .

والأساس الذى اعتمد عليه القرافي فيما توصل إليه من أن الشافعى يأخذ بقاعدة الذرائع فى بعض الفروع دون بعض ، أنه رحمه الله ، درس فقه الشافعى ، فرأى أن هناك فروعاً أخذ فيها الشافعى بقاعدة سد الذرائع ، كما أخذ بها فيها غيره ، ثم وجد للشافعى رضى الله عنه بعض النصوص التى تدل بمظاهرها على أنه لا يأخذ بقاعدة الذرائع فيها ، فقال ما قال من أن الشافعى يأخذ بالقاعدة فى بعض الحالات دون بعض ، ولم يبين لنا ضابط ذلك ، وإن ضرب بعض الأمثلة لفروع لا يسد الشافعى فيها الذرائع .

ويحسن بنا أن نذكر بعض النصوص التى فهم القرافي منها أن الشافعى لم يأخذ بقاعدة الذرائع فى بيوع الآجال ، ثم نبين أن هذه النصوص ، لا تفيد فى دعوى القرافي عدم اعتبار قاعدة الذرائع فى هذه الفروع ، وأن أقصى ما تفيد أن الشافعى لم يبطل بيوع الآجال لأن أعمال قاعدة الذرائع يؤدى إلى ذلك .

(١) النص الأول : يقول الشافعى فى الأم^(٢) ، وهذا يدل على أنه

(١) راجع ما سبق .

(٢) الأم ٧ : ٢٧٠ .

لا يفسد عقد أبداً إلا بالعقد نفسه ، ولا يفسد بشيء تقدمه ولا تأخره ، ولا بتوهم ، ولا بأغلب . وكذلك كل شيء لا يفسد ، إلا بعقده ، ولا تفسد البيوع بأن يقول هذه ذريعة ، وهذه نية سوء ، ولو جاز أن يبطل في البيوع بأن يقال متى خاف أن تكون ذريعة إلى الذي لا يحل كان أن يكون اليقين في البيوع بعقد ما لا يحل أولى أن يرد به من الظن . ألا ترى أن رجلاً لو اشترى سيفاً ، ونوى بشرائه أن يقتل به ، كان الشراء حلالاً ، وكانت النية بالقتل غير جائزة ، ولم يبطل بها البيع ، قال : وكذلك لو باع البائع سيفاً من رجل يراه أنه يقتل به رجلاً كان هكذا . وكذلك لو اشترى فرساً . . . ألا ترى لو أن رجلاً شريفاً نكح دينة أعجمية ، أو شريفة نكحت ديناً أعجمياً فتصادقا من الوجهين على أن لم ينو واحد منهما أن يثبت على النكاح أكثر من ليلة لم يحرم النكاح بهذه النية لأن ظاهر عقده كانت صحيحة ، إن شاء الزوج حبسها ، وإن شاء طلقها . فإذا دل الكتاب ثم السنة ثم عامة حكم الإسلام على أن العقود إنما يثبت بالظاهر عقدها لا يفسدها نية المتعاقدين ، كانت العقود إذا عقدت في الظاهر صحيحة أولى ألا تفسد بتوهم غير عاقدتها على عاقدتها ، ثم سيما إذا كان توهما ضعيفاً والله تعالى أعلم .

فظاهر هذا النص يفيد أن الشافعي لا يأخذ بقاعدة الذرائع في نطاق العقود ، وقد فهم القرافي منها ذلك . والواقع أن عدم إبطال العقود التي تعد مظنة لأن يقصد بها الحرام ، يعد تطبيقاً لقاعدة الذرائع وليس تركاً لها ، كما سبق غير مرة . وذلك لأن الشافعي يعطى الوسيلة حكم المتوسل إليه ، وغاية الأمر في هذه العقود ، أن يقصد بها المحرم ، وقصد المحرم حرام ، ولا يبطل العقد فلتسكن هذه العقود حراماً ولا تبطل ، إعطاء للوسيلة والمظنة حكم المظنون بدون زيادة عليه ، إذ لا يعقل أن يقرر الشافعي أن قصد المفسدة بالعقد لا يبطله ، ما دام لم يذكر في صلب العقد ، ثم يقرر أن

ما كان ذريعة ومظنة لهذا القصد يبطل . ويبقى الخلاف بين الشافعي والمالكية في حكم ثبوت القصد المحرم أو النية الباطلة . والشافعي لا يبطل العقد بذلك بخلاف المالكية ومن نهج نهجهم .

(ب) النص الثاني : يقول الشافعي في الأم^(١) : قال الشافعي رحمه الله الله تعالى : « أصل ما أذهب إليه أن كل عقد كان صحيحاً في الظاهر لم أبطله بتهمة ، ولا بعادة بين المتبايعين ، وأجزته بصحة الظاهر ، وأكره لهما النية إن كانت النية لو أظهرت كانت تفسد البيع ، وكما أكره للرجل أن يشتري السيف على أن يقتل به ، ولا يحرم على بائعه أن يبيعه ممن رآه يقتل به ظاهراً ، لأنه قد لا يقتل به ، ولا أفسد عليه هذا البيع . وكما أكره للرجل أن يبيع العنب ممن يراه يعصره خمرأ ، ولا أفسد البيع إذا باعه لإياه ، لأنه باعه حلالاً ، وقد يمكن ألا يجعله خمرأ أبداً ، وفي صاحب السيف ألا يقتل به أحداً أبداً ، وكما أفسد نكاح المتعة ، ولو نكح رجل امرأة عقداً صحيحاً ، وهو ينوي ألا يمسها إلا يوماً أو أقل أو أكثر لم أفسد النكاح ، وإنما أفسده أبداً بالعقد الفاسد . »

ففي هذا النص أيضاً يؤكد الشافعي مذهبه وهو أن القصد إلى المفاسد في العقد لا يبطل العقد نفسه ، ما دام لم يذكر في صلبه ، وإن كان قاصد المفسدة آثماً ، وإنما يحاسبه على هذه النية الباطلة ، والقصد غير المشروع من يعلم السر وأخفى ، ونحن نحكم بما ظهر لنا من عبارة العقادين ، فما دام العقد قد اكتملت أركانه ، وتوافرت شروطه ، ولم يذكر فيه الشرط الباطل ، فإنه عقد صحيح ، وما دام العصد لا يبطل العقد ، فما كان مظنة وذريعة له لا يبطل من باب أولى .

ولقد طبق الشافعي ذلك على بيوع الآجال فقال^(٢) : « قال الشافعي

(١) الأم ٣ : ٦٥ .

(٢) الأم ٣ : ٣٣ .

رحمه الله : ومن باع سلعة من السلع إلى أجل من الآجال ، وقبضها المشتري فلا بأس أن يبيعها الذي اشتراها بأقل من الثمن أو أكثر ، ودين ونقد ، لأنها بيعة غير البيعة الأولى ، وقد قال بعض الناس لا يشتريها من البائع بأقل من الثمن .

• وإذا اشترى الرجل طعاماً إلى أجل فقبضه ، فلا بأس أن يبيعه من اشتراه منه ومن غيره ، بنقد ، وإلى أجل ، وسواء في هذا المعين (الذريعة) وغير المعين ... وسواء كان هذا عن عادة اعتادها أو غير عادة ، وسواء أحدث هذا أول بيعة تباعا به ، أو بعد مائة بيعة ، ليس للعادة التي اعتادها معنى يحل شيئاً ولا يحرمه ... وليس تفسد البيوع أبداً ولا التناكح ولا شيء أبداً إلا بالعقد ، فإذا عقد عقداً صحيحاً لم يفسده شيء تقدمه ولا تأخر عنه ، كما إذا عقد عقداً فاسداً لم يصلحه شيء تقدمه ولا تأخر عنه إلا بتجديد عقد صحيح .

والخلاصة أن كل ما قرره الشافعي في بيع الآجال وغيرها لا يدل إلا على أن القصد الحرام بالعقد لا يبطله ، فمن باب أولى ، إذا كان العقد ذريعة لأن يقصد به المحرم لا يبطل ، وأن ذلك تطبيق لقاعدة الذرائع وليس تركها .

ثالثاً — رأى الشاطبي

يرى الشاطبي أن قاعدة الذرائع من القواعد القطعية التي أجمع الأئمة على الأخذ بها ، واعتبارها في التفريع وتشريع الأحكام . وأن الشافعي رضي الله عنه لم يشذ عن الأئمة الذين اعتمدوا هذه القاعدة وبنوا عليها كثيراً من الأحكام ^(١) . فيقول :

« وسد الذرائع مطلوب مشروع ، وهو أصل من الأصول القطعية في الشرع . »

ويقول (١): وأيضاً فلا يصح أن يقول الشافعي إنه يجوز التذرع إلى الربأ بحال ، إلا أنه لا يهتم من لم يظهر منه قصد إلى الممنوع ، وما لك يهتم بسبب ظهور فعل اللغو وهو دال على القصد إلى الممنوع ، فقد ظهر أن قاعدة الذرائع متفق على اعتبارها في الجملة ، وإنما الخلاف في أمر آخر .

ويقول (٢): « الذرائع قد ثبت سدها في خصوصات كثيرة ، بحيث أعطيت في الشريعة معنى السد مطلقاً عاماً . . أما الشافعي فالظن به أنه تم له الاستقراء في سد الذرائع على العموم ، ويدل عليه قوله بترك الأضحية إعلالاً بعدم وجوبها ، وليس في ذلك نص صريح من كتاب أو سنة ، وإنما فيه عمل جملة من الصحابة ، وذلك عند الشافعي ليس بحجة . لكن عارضه في مسألة بيوع الآجال دليل آخر ، رجح على غيره فأعمله ، فترك سد الذريعة لأجله ، وإذا تركه لمعارض راجح لم يعد مخالفاً . »

ونحن نوافق الشاطبي في أن الشافعي رضى الله عنه قد تم له الاستقراء في سد الذرائع على العموم . ونضيف إلى الواقعة التي كانت مرشداً له في الوصول إلى هذه النتيجة ، وهي ترك الشافعي الأضحية إعلالاً بعدم وجوبها ، نص الشافعي الذي عثرنا عليه في الآم ، في باب إحياء الموات ، وهو نص صريح في أخذ الشافعي بهذه القاعدة وتطبيقها على وجه الإطلاق والعموم يقول رحمه الله : « إن ما كان ذريعة إلى منع ما أحل الله لم يحل ، وكذلك ما كان ذريعة إلى إحلال ما حرم الله . . وأن الذرائع إلى الحرام والحلال تقبض معاني الحلال والحرام . »

(١) المرجع السابق ٤ ، ٢٠٠ .

(٢) المرجع السابق ٣ ، ٣٠٥ .

ولكننا نخالف الشاطبي في دعوة أن الشافعي لم يأخذ بقاعدة الذرائع في بيع الأجل ، لدليل رجع لديه العدول عن هذه القاعدة . ونرى أن تطبيق القاعدة على بيع الأجل يؤدي إلى صحة هذه البيوع قضاء ، وإن حرمت ديانته . ودليلنا ماسبق غير مرة ، من أن قاعدة الذرائع تعني إعطاء المظنة حكم المظنون ، وإذا كان حكم القصد الفاسد في العقود هو الحرمة دون البطلان عند الشافعي ، فكل عقد كان مظنة لهذا القصد حرام وليس باطلا . فآل الأمر إلى أعمال قاعدة الذرائع وليس إلى تركها .

وبقي علينا أن نعرف لماذا لا يبطل الشافعي العقد إذا نوى به العاقدان الحرام ، ولماذا يتمسك بالظاهر ، ويحكم بصحة العقود التي اكتملت أركانها ، وتوافرت شروطها ، وإن كان الباعث عليها محرماً ، والقصد منها غير مشروع ؟

وأنا أترك المقام للشافعي نفسه ، ليشرح رأيه والحجج التي يؤيده بها .

يقول رضي الله عنه في الأم (١) : . لهذا كله يبطل حكم الأركان في الذرائع في البيوع وغيرها ، من حكم الأركان . . . وذلك أنه يزكن في الشيء الحلال فيحرمه ثم يأتي إلى ما هو أولى أن يحرمه منه إن كان له التحريم بالأركان فلا يحرمه ، فإن قال قائل ومثل ماذا في البيوع ؟ قيل أرأيت رجلاً اشترى فرساً على أنها عقوق ، فإن قال لا يجوز البيع لأن مافي بطنها مغيب غير مضمون بصفة عليه ، قيل له . وكذلك إذا اشتراها وما في بطنها بدينار ، فإن قال نعم ، قيل أرأيت إذا كان المتبايعان بصيرين فقالا هذه الفرس تساوي خمسة دنانير إن كانت غير عقوق ، وعشرة إن كانت عقوقاً ، فإننا أخذناها منك بعشرة ، ولولا أنها عندي عقوق لم أزدك على خمسة ، وقلنا لا تشترط معها عقوقاً لإفساد البيع ، فإن قال هذا البيع يجوز لأن الصفقة

وقعت على الفرس دون ما في بطنها ونيتهما معاً وإظهارهما الزيادة لما في البطن لا يفسد البيع إذا لم تعقد الصفقة على ما يفسد البيع ، ولا أفسد البيع ههنا بالنية ، قيل له إن شاء الله تعالى ، وكذلك لا يحل نكاح المتعة ويفسخ ، فإن قال نعم ، قيل له وإن كان أعزب أو أهلاً ، فإن قال نعم ، قيل فإن أراد أن ينكح امرأة ونوى ألا يحبها ألا يوماً أو عشرأ إنما أراد أن يقضى منها وطراً ، وكذلك نوت هي منه غير أنهما عقدا النكاح مطلقاً على غير شرط ، فإن قال هذا يحل ، قيل له : ولم تفسده بالنية إذا كان العقد صحيحاً ؟ فإن قال نعم ، قيل له إن شاء الله تعالى : فهل تجد في البيوع شيئاً من الذرائع أو في النكاح شيئاً من الذرائع تفسد به بيعاً أو نكاحاً أولى أن تفسد به البيع من شراء الفرس العقوق على ما وصفت ، وكل ذات حمل سواها والنكاح على ما وصفت ، فإذا لم تفسد بيعاً ولا نكاحاً بذية يتصادق عليها المتبايعان ، والمتناكحان أياً كانت نيتهما ظاهرة قبل العقد ومعه وبعده ، وقلت لا أفسد واحداً منهما لأن عقد البيع وعقد النكاح وقعا على صحة والنية لا تصنع شيئاً وليس معها كلام ، فالنية إذا لم يكن معها كلام أولى أن لا تصنع شيئاً يفسد به بيع ولا نكاح . قال الشافعي : وإذا لم يفسد على المتبايعين نيتهما أو كلاهما ، فكيف أفسدت عليهما بأن أركنت عليهما أنهما نويأ أو أحدهما شيئاً والعقد صحيح فأفسدت العقد الصحيح بازكانك أنه نوى فيه ما لو شرط في البيع أو في النكاح فسد .

ويقول رضى الله عنه (١) : « فإذا كان السبب ظاهراً متعيناً لسببه ، لم يكن للنية الباطنة أثر في تغيير حكمه ، يوضحه أن النية لا تؤثر في اقتضاء الأسباب الحسية والعقلية المستلزمة لمسبباتها ، ولا تؤثر النية في تفسيرها . »
ويقول (٢) : « فالقصد لا يقدح في اقتضاء السبب لحكمه ، لأنه خارج

(١) أعلام الموقعين ٣ : ١٧١ نقلا عن الشافعي .

(٢) أعلام الموقعين ٣ : ١٧١ .

عما يتم به العقد ، ولهذا لو اشترى سلاحاً وفي نيته أن يقتل به معصوماً ، فكل ذلك لا أثر له في صحة البيع من جهة أنه منقطع عن الريب ، فلا يخرج السبب عن اقتضاء حكمه ، وقد ظهر بهذا الفرق بين هذا القصد ، وبين الإكراه ، فإن الرضا شرط في صحة العقد ، والإكراه ينافي الرضا .

ويقول (١) : « ثم قواعد الفقه وأدلته لا تحرم مثل ذلك ، فإن هذه العقود التي لم يشترط المحرم في صلبها عقود صدرت من أهلها ، في محلها ، مقرونة بشروطها ، فيجب الحكم بصحتها ، لأن السبب هو الإيجاب والقبول ، وهما تامان ، وأهلية التعاقد لا نزاع فيها ، ومحلية العقد قابلة ، فلم يبق إلا القصد المقرون بالعقد ، ولا تأثير له في بطلان الأسباب الظاهرة .

ويقول (٢) : « قال الشافعي رحمه الله : ، وإذا كانت لرجل ماشية من إبل فبادل بها إلى بقرة أو إبل بصنف من هذا صنفاً غيره ، أو بادل معزى ببقرة أو إبل ببقرة أو باعها بمال عرض أو نقد فكل هذا سواء ، فإن كانت مبادلتها بها قبل الحول فلا زكاة عليه في الأولى ولا الثانية حتى يحول على الثانية الحول من يوم ملكها ، وكذلك إن بادل بالتي ملك آخر قبل الحول إلى ماشية أخرى لم يكن عليه فيها زكاة ، وأكره هذا له إذا كان فراراً من الصدقة ، ولا يوجب الفرار الصدقة إنما يوجبها الحول والمملك .

ويقول (٣) : « وأكره لمن خرجت منه (الصدقة) أن يشتريها من يد أهلها الذين قسمت عليهم ولا أفسخ البيع إذا اشتروها منهم وإن كرهت ذلك منهم .

فهذه النصوص تبين وجهة نظر الشافعي في اعتياده في صحة العقود

(١) المرجع السابق > ٣ ص ١٧٢ - ١٧٣ .

(٢) الأم : ٢ : ٢٠ .

(٣) الأم > ٢ ص ٥١ .

والتصرفات على الظاهر ، وترك النيات والمقاصد لله عز وجل ومن غير شك أن نظرية الشافعي ، وإن كانت تحقق الاستقرار في التعامل بين الناس ، إلا أنها لا تقضي على البواعث المحرمة ، والمقاصد غير المشروعة ، على أن أصحاب النظرية الذاتية ، وإن كانوا يجيزون إبطال العقد إذا ثبت القصد المحرم ، وظهر الباعث غير المشروع ، فإنهم يحتاطون لاستقرار التعامل بين الناس باشتراط أن يكون القصد الباطل والباعث غير المشروع مشتركا بين العاقدين ، أو على الأقل أن يقوم هذا القصد بأحد العاقدين ويعلم به العاقد الآخر . وهذا كاف في استقرار التعامل بين الناس ، حتى لا يفاجأ العاقد ببطالان عقد كان يعتقد صحته وسلامته من الأسباب المبطلّة له .

الفرع الثالث

تطبيقات من الفقه الشافعي على قاعدة الذرائع

نعرض في هذا الفرع بعض المسائل التي أفتى فيها شيوخ الشافعية بناء على قاعدة الذرائع . فنعوا من الفعل المأذون فيه إذا كان ذريعة إلى مفسدة راجحة على مصلحته ، وأذوا في الفعل الذي هو ذريعة إلى المفسدة إذا رجحت مصلحته على تلك المفسدة . وأعطوا الوسيلة حكم الغاية والمقصد . واليك بعض هذه المسائل :

١ - لو أحاط الكفار بالمسلمين ، ولا مقاومة لهم جاز دفع المال إليهم ، وكذا استنقاذ الأسراء منهم بالمال إذا لم يمكن بغيره ، لأن مفسدة بقاءهم في أيديهم واصطلامهم للمسلمين أعظم من بذل المال ، (١) .

ففي هذا المثال نجد أن الأصل في دفع المال إلى الكفار المنع لما فيه

من تقويتهم ، ولكنه لما كان ذريعة إلى تحصيل مصلحة أم ، أو دفع مفسدة أكبر جاز (١) .

٢ - « الكذب مفسدة محرمة ، ومتى تضمن جلب مصلحة تزيد عليه جاز كالكذب الإصلاح بين الناس وعلى الزوجة لإصلاحها ، (٢) .

ففي هذا المثال نجد أن الفعل غير مأذون فيه لما فيه من المفسدة ، ولكنه جاز لأنه يؤدي إلى تحصيل مصلحة أم ، أو دفع ضرر أشد . فكان داخلا تحت قول الشافعي الذريعة إلى الحلال تشبه معنى الحلال ، فالإصلاح بين الناس حلال ومصلحة فالكذب لما كان ذريعة إليها حل ، وإن كان أصله المفسدة ، ولكن لا عبرة بالمفسدة المرجوحة في مقابلة المصلحة الراجعة .

٣ - « المبالغة في المضمضة والاستنشاق مسنونة ، وتكره للصائم ، وتحليل الشعر سنة في الطهارة ويكره للمحرم ، (٣) .

فمنها الفعل مشروع ، لما فيه من المصلحة ، ولكنه لما كان ذريعة إلى مفسدة هي الإفطار ، أو إسقاط شعر المحرم ، منع منه . ولم يبق مسنوناً .

٤ - « الرخص لا تناط بالمعاصي ، فلا يستبجح العاصي بسفره شيئاً من رخص السفر من القصر ، والجمع والفطار ، والمسح ثلاثاً ، والتنفل على

(١) ولقد سبق أن الإمام القرافي يذكر مثل هذه الفتوى في مذهب مالك فيقول « قد تكون وسيلة المحرم غير محرمة إذا أفضت إلى مصلحة واجبة ، كالفوصل إلى فداء الأسرى بدفع المال للكفار الذي هو محرم عليهم الاتفاف به بناء على أنهم مخاطبون بفروع الشريعة عندنا هو كدفع مال لرجل يأكله حراماً حتى لا يزنى بامرأة إذا عجز عن دفعه عنها إلا بذلك ، وكدفع المال للحجارب حتى لا يقيم القتل بينه وبين صاحب المال عند مالك ، ففي هذه الصور كلها الدفع وسيلة إلى المصيبة بأكل المال ، ومع ذلك فهو مأثور به لرجعانه ما يحصل من المصلحة على هذه المفسدة » الفروق ٢ ص ٣٣ .

(٢) الأضواء والنظائر للسيوطي ص ٧٩ .

(٣) المرجع السابق ص ٧٩ .

الراحلة ، وترك الجمعة ، وأكل الميتة ، وكذا التيمم على وجهه . .
فهنأ نجد أن الرخصة مشروعة فى الأصل ، ولكن لما كان القول بجواز
الترخيص للمعاصى ذريعة إلى مفسدة التآدى فى المعصية منع منه للمعاصى «
فإذا علم المعاصى بسفره أنه لا يستبمع شيئاً من الرخص إلا بالتوبة والإقلاع
عن المعصية ، فإنه يسارع إليها ، فى حين أنه إذا علم أنه يترخص مع
المعصية لم يسارع إلى التوبة منها .

ولقد فرع القرافى هذه القاعدة على قاعدة الذرائع ، ثم بين وجه
التفريع فقال : لأن ترتيب الترخيص على المعصية سعى فى تكثير تلك
المعصية بالتوسعة على المكلف بسببها ، ولكنه فرق بين كون المعاصى
أسباباً للرخص ، وبين مقارنة المعاصى لأسباب الرخص ، وجعل الأولى
من الذرائع دون الثانية مخالفاً بذلك الشافعية (١) .

هـ - ما حرم أخذه حرم إعطاؤه ، كالربا ومهر البغى والرشوة ،
وأجرة النأحة ، والزمار ، ويستثنى من ذلك صور : منها : الرشوة للحاكم
ليصل إلى حقه ، وفك الأسير ، وإعطاء شىء لمن يخاف هجره ، ولو خاف
الوصى أن يستولى غاصب على المال ، فله أن يؤدى شيئاً ليخلصه ، وللقاضى
بذل المال على التولية ويحرم على السلطان أخذه (١) .

فهذه القاعدة تفريع على قاعدة الذرائع ، حيث كان الأخذ مفسدة
محرمة ، وكان الإعطاء ذريعة إلى هذه المفسدة المحرمة فحرم ، فدخل تحت
قول الشافعى ما كان ذريعة إلى الحرام أشبه معنى الحرام أى وإن لم يكن
فى نفسه حراماً . فالإعطاء ليس محرماً لذاته وإنما كان التحريم لأنه ذريعة
إلى مفسدة أكل الأخذ المال الحرام .

(١) راجم الفروق ج ٢ ص ٣٣ .

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطى ص ١٣٥ .

ومن الأمثلة المستثناة من القاعدة ، ما إذا كان الفعل راجع المصلحة على المفسدة ، إذ يجب فتح الذريعة ، بإعطاء المال للكفار ممنوع لأنه ذريعة إلى أخذ الكفار مال المسلمين دون حق ، ولكن لما كان الإعطاء ذريعة إلى حصول مصلحة أهم ، أو دفع ضرر أكبر كان جائزاً فتحاً لذريعة المصلحة الراجعة على المفسدة المرجوحة .

٦ - ما حرم استعماله حرم اتخاذ ، ومن ثم حرم الشافعية اتخاذ آلات الملاهي ، وأواني النقيدين ، والكلب لمن لا يصيد ، والخمر والحريز والحلى للرجل ، لأنه ربما جر اتخاذ إلى استعماله ، (١) .

فالاتخاذ فعل مشروع في الأصل لأنه لا يتضمن مفسدة في نفسه ، ولكنه منع منه لأنه كان ذريعة إلى الاستعمال المحرم ، ولذلك يقول صاحب الأشباه والنظائر : « لأنه ربما جر اتخاذ إلى استعماله » .

٧ - « وقد ينفذ التصرف العام من غير ولاية كما في تصرف الأئمة البغاة ، فإنه ينفذ مع القطع بأنه لا ولاية لهم ، وإنما نفذت تصرفاتهم وتولييتهم لضرورة الرعايا . وإذا نفذ ذلك مع ندرة البغى فأولى أن ينفذ تصرف الولاة والأئمة مع غلبة الفجور عليهم ، وأنه لا انفصاك للناس عنهم » (٢) .

فالأصل هنا في التصرف عدم النفاذ ، ولكن لما كان عدم النفاذ يؤدي إلى تفويت مصلحة أهم ، أو حدوث ضرر أكبر ، وجب القول به ، تحصيلاً للمصلحة الراجعة في مقابلة المفسدة المرجوحة .

٨ - « إذا تعذرت العدالة في الولاية العامة والخاصة بحيث لا يوجد عدل ولينا أقلهم فسوقاً » (٣) .

(١) الأشباه والنظائر ١٣٤ .

(٢) القواعد الكبرى ١ - ٦٨ .

(٣) القواعد الكبرى ١ - ٧٣ .

فالعادلة شرط في الولاية لمصلحة ، فإذا كان اشتراطها ذريعة إلى حدوث مفسدة أكبر ، ترك هذا الشرط ، تقديماً للمصلحة الراجحة على المفسدة المرجوحة .

٩ - « ولو استولى الكفار على إقليم فولوا القضاء لمن يقوم بمصالح المسلمين العامة فالذى يظهر إنفاذ ذلك كله جلباً للمصالح العامة ، ودفعاً للفساد الشاملة . إذ يبعد من رحمة الشارع ورعايته لمصالح عباده تعطيل المصالح العامة . وتحمل المفساد العامة الشاملة لقوات الكمال فيمن يتعاطى توليتها لمن هو أهل لها ، (١) .

١٠ - « نبش الأموات مفسدة محرمة ، لما فيه من انتهاك حرمتهم ، ولكنه واجب إذا دفنوا يغير غسل أو وجهوا إلى غير القبلة ، لأن مصلحة غسلهم ، وتوجيههم إلى القبلة أعظم من توقيهم بترك نبشهم . وكذلك شق جوف المرأة على الجنين المرجو حياته ، لأن حفظ حياته أعظم مصلحة من مفسدة انتهاك حرمة أمه ، ، ويمكن أن يخرج على ذلك تشريح جثث الموتى للمصلحة العامة ، وإنقاذاً لحياة الأحياء (٢) .

فهمنا نجد أن الفعل ممنوع في الأصل لما فيه من المفسدة ، ولكنه ذريعة إلى مصلحة تربو على مفسدته . فجاز فتحاً للذريعة .

١١ - « وضع اليد بغير إذن المالك مفسدة موجبة للضمان إلا في حق الحكام ونواب الحكام إذا غلطوا بذلك في معرض التصرف بالأحكام لأن التفرغ يكثُر ويشق عليهم ، ويزهدهم في ولاية الأموال . وهو يفوت مصلحة راجحة ، (٣) .

(١) المرجع السابق ١ : ٧٤ .

(٢) القواعد الكبرى ١ : ٨٧ .

(٣) المرجع السابق ١ : ٩٠ .

١٢ — إلتلاف مال الغير مفسدة في حقه مضمون ببذله إلا في البغاة والصوال والمتمتعين من أداء الحقوق بالقتال لأن المصلحة راجحة على المفسدة (١).

١٣ — القتل بغير حق مع الجهل بكونه مستحقاً ، مفسدة موجبة للضمان على القاتل أو على عائلته إلا أن يكون جلاذاً لما في تغريمه من تكرار الغرم الداعي إلى ترك القيام بمصلحة إقامة الحدود والقصاص (٢).

١٤ — تصحيح ولاية الفاسق مفسدة لما يغلب عليه من الخيانة في الولاية لكننا صححناها في حق الإمام الفاسق والحاكم الفاسق لما في إبطال ولايتهما من تفويت المصالح العامة ، ونحن لانفذ من تصرفاتهم إلا ما ينفذ من تصرف الأئمة المقسطين والحكام العادلين ، فلا يبطل تصرفه في المصالح لأجل تصرفه في المفاسد ، قال ابن عبد السلام : «والذي أراه في ذلك أن نصح تصرفهم الموافق للحق مع عدم ولايتهم لضرورة الرعية كما نصح تصرفات إمام البغاة مع عدم إمامته ، لأن ما ثبت للضرورة يقدر بقدرها ، والخصوص في خصوص تصرفاته ، فلا نحكم بصحة الولاية فيما عدا ذلك بخلاف الإمام العادل ، فإن ولايته قائمة في كل ما هو معترض إلى الأئمة» (٣).

١٥ — «تجب إجارة رسل الكفار مع كفرهم لمصلحة ما يتعلق بالرسالة من المصالح الخاصة والعامة» (٤). وعلى هذا تخرج قواعد الحصانة الدبلوماسية.

١٦ — «قتل الكفار من النساء والأطفال مفسدة لكنه يجوز إذا تترس بهم الكفار بحيث لا يمكن دفعهم إلا بقتلهم» (٥).

(١) المرجع السابق ١ : ٩٠ .

(٢) المرجع السابق ١ : ٩٠ .

(٣) القواعد الكبرى ١ : ٩١ .

(٤) للمرجع السابق ١ : ٩٤ .

(٥) المرجع السابق ١ : ٩٥ .

١٧ - قتل من لا ذنب له من المسلمين مفسدة إلا إذا اتسرت بهم الكفار وخيف من ذلك اصطلام المسلمين ، ففي جواز قتلهم خلاف لأن قتل عشرة من المسلمين أقل مفسدة من قتل جميع المسلمين (١) .

١٨ - الغيبة مفسدة محرمة لكنها جائزة إذا تضمنت مصلحة واجبة التحصيل أو جائزة التحصيل ، ولها أمثلة كثيرة أيضاً في الفقه الشافعي (٢) .

١٩ - ومن استعجل شيئاً قبل أوانه ولم يكن لمصلحة في ثبوته ، عوقب بحرمانه (٣) وذلك سداً لذريعة إتيان المحرم ، فإن الوارث إذا علم أنه إذا قتل مورثه حصل على الإرث ، فإن ذلك يدفعه إلى هذا القتل ، في حين أنه لو علم أنه إن قتل أن يرث منه ، لم يقدم على قتله ، فالحرمان إذن سد ومنعاً لذريعة العمل الممنوع . ويخرج على القاعدة ما يتحقق فيه مناطها .

٢٠ - بيع السلاح للحربي باطل عند الشافعية لأنه ذريعة إلى المفسدة وإن كان البيع في ذاته مصلحة ، إلا أن مفسدة الفعل أرجح من مصلحته فنفع منه وبطل (٤) .

٢١ - أفقئ ابن الصلاح في مغنية اشترت جارية حملتها على الفساد أنها تباع عليها قهراً إذا تعين ذلك طريقاً إلى خلاصها من الفساد . (٥) وبيع ملك الغير بدون إذنه الأصل فيه المنع لأنه ظلم له ، ولكنه لما كان ذريعة إلى دفع مفسدة أشد ، هي مفسدة وقوع الفاحشة ، جاز هذا البيع .

٢٢ - أفقئ القاضي حسين فيمن كلف عبده ما لا يطيقه أنه يباع عليه

(١) المرجع السابق ١ : ٩٥ .

(٢) القواعد الكبرى ١ : ٩٧ .

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي ١٣٦ .

(٤) المرجع السابق ٣٢٨ .

(٥) المرجع السابق ٣٣٠ .

وذلك من فتح الذرائع إلى المطلوب ، فالرفق بالعبد وحفظ آدميته مطلوب ، فمكان ما أدى إليه ، وهو يبيعه لمن يكلفه قدر الطاقة مطلوب ، وإن كان فيه اعتداء على حق مالكه . تقديماً لدفع المفسدة الراجعة على جلب المصلحة المرجوة .

٢٣ - القاعدة عند الشافعية أنه لا يجوز أخذ الأجرة على الواجب إلا أنهم أفتوا بجواز أخذ الأجرة على تعليم القرآن . وذلك لأنه إذا كان أخذ الأجرة على الواجب ذريعة إلى أخذ مال بغير حق لأنه ملزم بتعليم القرآن ، إلا أن عدم الأخذ عندما يضعف الوازع الديني ، ذريعة إلى ترك الناس تعليم القرآن ، وهي مفسدة راجعة على مصلحة عدم أخذ الأجرة (١) .

٢٤ - دنفى المخنث نص عليه الشافعي مع أنه لامعصية فيه إذا لم يعتقد إنما فعل للمصلحة الراجعة (٢) لإعمالا لقاعدة الذرائع . إذ النفي ذريعة إلى مفسدة الاعتداء على حرية المسلم ، ولكن مصلحة النفي مصلحة عامة فرجحت على مصلحة المخنث في حرمة الفردية .

٢٥ - أقي الشافعية بأن أهل البغي لا يعزرون للمعصية لأن التعزير ربما كان مهيئاً لما عندهم فيفتح بسببه باب القتال (٣) وهذه الفتوى لإعمال قاعدة الذرائع ، إذ التعزير على المعاصي مأذون فيه لمصلحة ، ولكن تعزير أهل البغي ذريعة إلى مفسدة راجعة على هذه المصلحة فمنع منه .

٢٦ - الحبس في الدين مأذون فيه عند الشافعية ، وقد أفتوا بعدم جواز حبس المريض ، والمخدرة ، وابن السبيل ، بل يوكل بهم ، وذلك لما

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ٣٤١ .

(٢) المرجع السابق ٣٥٢ .

(٣) المرجع السابق ٣٥٢ .

في حبس هؤلاء من المفسدة المربية على مصلحة صاحب الدين في حبسهم
فأعمال قاعدة الذرائع تمنع من حبسهم^(١).

٢٧ — جاء في المنهاج وشرح جلال الدين المحلي عليه^(٢) ، وتصرف كل
واحد من الملاك في ملكه على العادة ، ولا ضمان عليه إن أفضى إلى تلف .
فإن تعدى العادة ضمن ما تعدى فيه . والأصح أنه يجوز أن يتخذ داره
المحفوظة بمساكن حماماً واصطبلًا ، وطاحونة ، وحانوته في البرازين حانوت
حداد أو قصار إذا احتاط وأحكم الجدران بما يليق بمقصوده . والثاني
يمنع لما فيه من الضرر ، وعورض بأن في منعه إضراراً به ،

وجاء في حاشية قليوبي على هذا النص « نخرج نحو معمل النشادر
فيضمن فاعله بين الأبنية ما تولد منه ، ومثله معمل البارود » .

وهذا الاجتهاد مبني على قاعدة الذرائع ، ومضمونه الموازنة بين مصلحة
صاحب المملك في استعمال ملكه ، وما يكون استعماله للملك ذريعة إليه من
الاضرار التي تلحق الجيران . وقد رأينا أن الضابط في استعمال الشخص
للملك هو سلوك الشخص المعتاد . فكل واحد من الملاك أن يتصرف في
ملكه على العادة . فإذا خرج الشخص في استعمال حقه عن العادة كان ضامناً
لكل ما تسبب عن استعماله لحقه من أضرار .

واقدر رأينا تطبيقاً لهذه الفكرة على من يستعمل ملكه حماماً بين
المساكن ، أو حانوت حداد بين البرازين ، ورأينا الشيوخ يختلفون في
الترجيح بين مصلحة صاحب الحانوت أو الحمام ، ومصلحة من يتضرر منه ،

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ٣٥٢ .

(٢) راجع حاشية قليوبي وعميرة على شرح جلال الدين المحلي للمنهاج ٣ : ٩٠ .

وأما مصنع البارود والمشادر في جهة أهلة بالسكان فسبب للضمان بالانفاق لأنه ذريعة إلى الضرر غالباً ، وليس نادراً . وعلى كل حال ، فالأساس أن الفعل الذي شرع لمصلحة معينة ، يمنع إذا كان ذريعة إلى مفسدة موازية أو راجحة على هذه المصلحة ، ويختلف نظر الفقهاء بعد ذلك في الموازنة بين المصالح والمفاسد المتعارضة ، وهو نظر في تطبيق القاعدة ، وتحقيق مناطها ، وليس في أصل الأخذ بها .

الفصل الثاني

نظرية المصلحة عند الغزالي

لقد جاء الغزالي فوجد أن اصطلاح المصالح المرسله قد شاع بين كتاب الأصول ، واشتهر القول به عن المالكية ، فأولى هذا النوع من الاستدلال عناية فائقة ، وتكلم فيه بما لم يسبقه إليه أحد ، وذلك في كتيبه الثلاثة الاصولية: المنحول والمستصفي وشفاء الغليل. وسوف أذكر في المبحث الأول مضمون نظرية المصلحة كما انتهت إليه عند الغزالي ، وكما يؤخذ من كتيبه الاصولية الثلاثة . وأخصص مبحثاً ثانياً لعرض ما كتبه الغزالي عن المصلحة بشيء من التفصيل ، في كل كتاب من تلك الكتب الثلاثة ، وذلك من حيث تعريف المصلحة ، وشروطها ، وعلاقتها بالنص الشرعي .

المبحث الأول

مضمون نظرية الغزالي في المصلحة

لقد انتهى الغزالي من دراسة المصلحة المرسله في كتيبه الثلاثة التي عرض فيها الاستدلال المرسل إلى نظرية يمكن أن يطلق عليها « نظرية الترجيح بين المقاصد الشرعية المتعارضة » . ومضمون هذه النظرية يتمثل في أسس ثلاثة :

الأساس الأول : أن المصلحة المرسله ليست أصلاً مستقلاً عن أصول التشريع ، وذلك لأن المصلحة عنده ترجع إلى المحافظة على مقاصد الشارع ، ومقاصد الشارع تعرف بالكتاب والسنة والإجماع . فهو يقول (١) : « فإن

قيل فقد ملتم في أكثر هذه المسائل إلى القول بالمصالح ، ثم أوردتم هذا الأصل في جملة الأصول الموهومة ، فليحقق هذا بالأصول الصحيحة ليصير أصلاً خامساً بعد الكتاب والسنة والإجماع والعقل . قلنا هذا من الأصول الموهومة ، إذ من ظن أنه أصل خامس فقد أخطأ ، لأننا رددنا المصلحة إلى حفظ مقاصد الشرع ، ومقاصد الشرع تعرف بالكتاب والسنة والإجماع ، فكل مصلحة لا ترجع إلى حفظ مقصود فهم من الكتاب والسنة والإجماع ، وكانت من المصالح الغريبة التي لا نلائم تصرفات الشرع فهي باطلة مطرحة ، ومن صار إليها فقد شرع ، كما أن من استحسّن فقد شرع ، وكل مصلحة رجعت إلى حفظ مقصود شرعى علم كونه مقصوداً بالكتاب والسنة والإجماع ، فليس خارجاً عن هذه الأصول ، لكنه لا يسمى قياساً ، بل مصلحة مرسلّة ؛ إذ للقياس أصل معين ، وكون هذه المعاني مقصودة عرفت لا بدليل واحد بل بأدلة كثيرة لا حصر لها من الكتاب والسنة ، وقرائن الأحوال ، وتفاريق الإمارات تسمى لذلك مصلحة مرسلّة .

فالمصلحة المرسلّة في نظر الغزالي طريقة من طرق الاستدلال بالنصوص الشرعية ، وليست دليلاً زائداً عليها ولا خارجاً عنها ، أو بعبارة أخرى هي طريقة استدلال تعتمد على النصوص ، وليست مقابلة لها ، كما سنرى ذلك عند الطوفي .

الأساس الثاني : أن المصلحة المرسلّة إذا فسرت بالمحافظة على مقصود الشرع فهي حجة قطعية لا ينبغي الخلاف فيها بين الأئمة ، وإذا ثار خلاف بينهم بشأنها فهو خلاف يرجع إلى تطبيق الأصل وتحقيق مناطه ، لا إلى أصل صحة الاحتجاج به ، والرجوع إليه . فهو يقول (١) : « وإذا فسرنا المصلحة بالمحافظة على مقاصد الشرع فلا وجه للخلاف في اتباعها ، بل يجب

القطع بكونها حجة ، وحيث ذكرنا خلافاً فذلك عند تعارض مصلحتين ومقصودين ، وعند ذلك يجب ترجيح الأقوى ، .

فأصل الاستدلال المرسل حجة قطعية في نظر الغزالي لا يلغى لأحد أن يخالف فيها ، ولكن تطبيق الأصل على بعض الفروع والوقائع لا يفيد إلا الظن ، ومن ثم فلا مناص من وقوع الخلاف فيه بين العلماء . فقد يرى بعض المجتهدين أن المصلحة تقتضى في الواقعة غير المنصوصة حكماً معيناً ، ويرى البعض الآخر أنها تقتضى حكماً آخر . فإذا قلنا إن المصلحة العامة تقدم على المصلحة الخاصة عند التعارض ، فهذا مقصود شرعى ، عرف كونه مقصوداً بأدلة لا تنحصر من الكتاب والسنة . وهو أصل مقطوع به لا يجوز الخلاف فيه . ولكن تطبيق هذا المقصود على مسألة قتل الترس الشهيرة ، وتحقيق مناطها فيه ليس أمراً قطعياً ، بل غاية مافية أنه يفيد الظن ، ولذلك يمكن أن يقع فيه الخلاف بين المجتهدين . وإذا قلنا إن الضرر الأدنى يرتكب لدفع الضرر الأعلى ، فهذا مقصود شرعى قامت عليه الأدلة ، فهو أصل مقطوع به في الشرع ، ولكن تحقيق مناطه في مسألة فرض الضريبة الزائدة إذا خلا بيت المال عن قدر ما يفي بحاجات الجند ، من قبيل الظن لا القطع ، ولذلك قد يتصور فيه الخلاف . وإذا قلنا إن الشارع يقصد لحفظ النفوس وحقق الدماء فهذا أصل مقطوع به ، ولكن القول بأن هذا الأصل يقتضى القصاص من الشريك قول معناه الظن والاجتهاد ، ومن ثم وقع الخلاف فيه . وهكذا .

ولإنما وقع الخلاف في تحقيق مناط الأصل أو المقصود دون الأصل نفسه ، لأن الأصل قد ثبت بأدلة تفيد في مجموعها القطع دون أن يعارض هذا الأصل الكلى أصل آخر ، في حين أن الواقعة التي يراد تحقيق مناط الأصل فيها قد تكون مناطاً لأصل آخر ، أو بعبارة أخرى قد يظهر قصد الشارع في إعطائها حكماً مخالفاً من نص معين . فقتل الترس المسلم لحفظ

أرواح الجماعة ، وإن كان فيه مصلحة عامة في مقابلة مصلحة خاصة ، إلا أن قصد الشارع لعدم قتل المسلم الذي لم يذنب ذنباً ظاهراً من نص جوهرى هو قوله تعالى « ولا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق » ، وعندئذ يقال إن واقعة قتل الترس مناط لمصلحتين أو مقصودين ، وعلى المجتهد الترجيح .

واسمع معى إلى الغزالي يقرر هذه الحقيقة فيقول^(١) : « فإذا : منشأ الخلاف في مسألة الترس الترجيح ، إذ الشرع مارجح الكثير على القليل في مسألة السفينة ، ورجح الكل على الجزء في قطع اليد المتأكلة ، وهل يرجح الكل على الجزئ في مسألة الترس ؟ فيه خلاف . ولذلك يمكن إظهار هذه المصالح في صيغة البرهان إذ تقول في مسألة الترس : مخالفة مقصود الشارع حرام ، وفي الكف عن قتال الكفار مخالفة لمقصود الشارع . فإن قيل : لا ننكر أن مخالفة مقصود الشرع حرام ، ولكن لا نسلم أن هذه مخالفة . قلنا : قهر الكفار واستعلاء الإسلام مقصود ، وفي هذا استئصال الإسلام واستعلاء الكفر . فإن قيل : فالكف عن المسلم الذي لم يذنب مقصود ، وفي هذا مخالفة المقصود . قلنا : هذا مقصود ، وقد اضطررنا إلى مخالفة أحد المقصودين ، ولا بد من الترجيح ، والجزئى محتقر بالإضافة إلى الكل ، وهذا جزئى بالإضافة ، فلا يعارض بالكل . فإن قيل : مسلم أن هذا جزئى ، ولكن لا يسلم أن الجزئى محتقر بالإضافة إلى الكل ، فاحتقار الشرع له يعرف بنص أو قياس على منصوص قلنا : قد عرفنا ذلك لا بنص واحد معين ، بل بتفاريق أحكام واقتران دلالات لم يبق معها شك في أن حفظ خطة الإسلام ورقاب المسلمين أهم في مقاصد الشرع من حفظ شخص معين في ساعة أو نهار وسيعود عليه الكفار بالقتل ، فهذا مما لا يشك فيه ، كما أبجنا أكل مال الغير بالإكراه لعلمنا بأن المال حقير في ميزان الشرع بالإضافة إلى الدم ، وعرف ذلك بأدلة كثيرة . »

الراسخ الثالث : ملاممة المصلحة لتصرفات الشارع :

إذا تعارض في نظر المجتهد مقصودان من مقاصد الشارع ، فإن الغزالي يرى أن على المجتهد أن يوازن بين المقصودين ، ويرجح أحدى المصلحتين ، معتمداً على ما عرف من عادة الشرع وتصرفه . وقد يؤول هذا الترجيح إلى تقديم المصلحة التي شهدت لها النصوص غير المعنية ، على المصلحة التي شهد لها النص المعين ، كما مر في مسألة الترس ، إذ تقديم المصلحة العامة أصل لم يشهد له نص معين ، وقد قدم على مصلحة عدم قتل مسلم برىء لم يذنب ذنباً ، وهو مصلحة شهد لها النص المعين .

والحق أن التعارض والترجيح إنما هو بين النصوص الكثيرة التي شهدت لمقصود تقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة ، وبين النص الذي شهد بالمنع من سفك دم مسلم بدون ذنب سافك ، فما له الموازنة والترجيح بين النصوص الشاهدة للمصالح التي كانت النازلة مناطاً لها . وعلى هذا المعنى تحمل عبارات الغزالي في تخصيص النص بالمصلحة . إذ ما دامت المصلحة التي يقصدها الغزالي هي المصلحة التي ترجع إلى حفظ مقصود شرعي علم كونه مقصوداً بالكتاب والسنة والإجماع ، فالخصص للنص الجزئي إذن هو الكتاب والسنة والإجماع التي دلت على هذا المقصود ، وليس مصلحة مجردة ، كما قد يفهم البعض عند الحديث عن علاقة المصلحة بالنصوص الشرعية .

فالغزالي يجري الموازنة بين المقاصد المتعارضة معتمداً على قوانين يقطع المجتهد بأن الشارع سار في تشريعه عليها ، وبني الأحكام على وفقها ، ومن هذه القوانين أن المصلحة الكلية مقدمة على المصلحة الجزئية ، هذا القانون تصرف الشرع على وفقه ، وعرف ذلك باستقراء نصوصه ، وتنبع أحكامه ، فهو قانون مقطوع به ، لا يجوز أن يكون مجالاً للبحث ، ولا موضعاً للمناقشة ، لأنه أصل من أصول الشريعة التي يقضى به على الجزئيات ، ويستعان به في

الاجتهاد ، فلا يجوز أن يتطرق إليه الشك ، وإلا دخل الشك أصول الشريعة ، وهو مما لا يجوز .

ولقد طبق الغزالي هذا القانون على مسألة الترس الشهيرة ، فقال « قلنا قهر الكفار واستعلاء الإسلام مقصود . . . والكف عن المسلم الذي لم يذنب مقصود ، وقد اضطررنا إلى مخالفة أحد المقصودين ، ولا بد من الترجيح ، والجزئى محتقر بالإضافة إلى الكلى ، وهذا جزئى بالإضافة فلا يعارض الكلى . . . عرفنا ذلك لابنص واحد معين بل بتفاريق أحكام واقتران دلالات لم يبق معها شك ، (١) .

فأنت ترى أن أمام المجتهد مقصودين : أحدهما ، الكف عن مسلم لم يذنب ، وهذا قد عرف من نص معين ، هو قوله تعالى « ولا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق » ، والآخر : قهر الكفار واستعلاء الإسلام ، وقد عرف لا بأصل واحد ولا من نص معين ، بل من مجموع أدلة الشريعة ، وهذان المقصودان متعارضان في نظر المجتهد وفي ظاهر الأمر ، وإن لم يكن بين مقاصد الشارع تعارض أو تخالف في الحقيقة والواقع .

والغزالي يعرض هذا التخالف الظاهر على قانون راعاه الشارع في أحكامه ، وجرى عليه في تصرفاته ، هذا القانون هو أن المصلحة الكلية ، عند تعارضها مع المصلحة الجزئية ، أولى وأحق بالتقديم ، ولا يمنع الغزالي من تطبيق هذا القانون وإعمال تلك القاعدة ، أنه يترتب على هذا الإعمال ويلتج من ذلك التطبيق تخصيص نص بمصلحة بل إنه يصرح بذلك فيقول « إنما نخصص العموم بصورة ليس فيها خطر كلى ، ذلك أن المخصص في الحقيقة هو النصوص الكثيرة التي أخذت من استقرار أصل تقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة ، (٢) .

(١) المستصفي ج ١ ص ٣١٢ .

(٢) المستصفي ج ١ ص ٣٠٢ .

ولقد طبق الغزالي هذا القانون أيضاً على مسألة قتل الزنديق المتستر إذا تاب ، حفظاً للدين ، وصيانة للشريعة ، وحماية للجماعة من سموم الزندقة وشروورها ، وفي هذه الصورة ، كالتى قبلها ، لا يعترض على الغزالي بأن هذه المصلحة تعارض النص ، كما يصرح به قوله « فمذا لو قضينا به فخالص استعمال مصلحة في تخصيص عموم وذلك لا ينكره أحد ، (١) ؛ لأن المخصص فى الواقع هو النصوص الكثيرة التى دلت على أن مقصود الشارع تقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة ، كما سبق .

وطبق هذا القانون أيضاً على قتل نساء المشركين وأطفالهم إذا اتخذوا ترساً أمام جيش العدو فقال « ولا خلاف أنهم لو أترسوا بنسائهم وذريتهم قاتلناهم ، وإن كان التحريم عاماً ، ولكن نخصه بغير هذه الصورة ، (٢) .

ومن القوانين الشرعية التى طبقها الغزالي لإزالة التعارض بين المقاصد قانون عبر عنه فى تلك العبارات قال : إذا تعارض شران أو ضرران قصد الشرع دفع أشد الضررين وأعظم الشرين ، (٣) .

وطبق الغزالي هذا القانون لمنع التعارض الظاهر بين قصد الشارع ألا يؤخذ من مال المسلم ضريبة لم ينص عليها ، أو قدراً زائداً منها على ما وردت به النصوص ، وقصده الى وجود إمام « ذى شوكة يحفظ نظام الأمور ، ويقطع مادة الشرور ، ومدّه بالمال السلازم لحماية دماء الجماعة وأموالها .

وطبق هذا القانون على مسألة الضرب بالتهمة فقال « فإن قيل فالضرب

(١) المرجع السابق ج ١ ص ٢٩٨ .

(٢) المرجع السابق ج ١ ص ٣٠٣ .

(٣) المرجع السابق ج ١ ص ٣٠٤ .

بالتهمة ... مصلحة فهل تقولون بها ... قلنا ... لا نقول به ، لا لإبطال النظر إلى جلس المصلحة ، لكن لأن هذه مصلحة تعارضها أخرى ، وهي مصلحة المضروب، (١).

وطبق هذا القانون لإزالة التعارض الظاهر بين مصلحة زوجة المفقود في فسخ النكاح منعاً للضرر العزوبة عنها ، وبين مصلحة الزوج في الإبقاء على هذا النكاح فقال ، فإن قيل سبب الفسخ دفع الضرر عنها ورعاية جانبها ، فيعارضه أن رعاية جانبها أيضاً مهم ، ودفع الضرر عنه واجب ، فقد تقابل الضرران ، فليس تصفو هذه المصلحة عن معارض (٢) .

ومن هذه القوانين ما عبر عنه الغزالي بقوله « ونحن نعلم أن دفع الضرر مقصود شرعاً » (٣) فهو يرى إزالة الضرر في كل واقعة تتضمن الضرر ، وذلك بشرع الحكم الذي يزيله ، ما لم يكن في إزالة هذا الضرر ، فوات مصلحة أهم ، أو حدوث ضرر أكبر .

هذا هو مضمون النظرية ، أما تفصيلها فقد عرضت له في المبحث التالي :

المبحث الثاني

الاطوار التي مرت بها النظرية

لقد عالج الغزالي موضوع المصلحة المرسله في كتيبه الأصولية الثلاثة : المنخول ، وشفاء الغليل ، والمستصفي . وكانت طريقته في عرض الموضوع تختلف من كتاب لآخر ، مما خيل معه لبعض الباحثين أن للغزالي في كل واحد من هذه الكتب موقفاً من المصلحة يختلف عن الآخر ، وقرر بناء

(١) المستصفي ج ١ ص ٢٩٨ .

(٢) المرجع السابق ص ٣٠٨ .

(٣) المرجع السابق ص ٣٠٧ .

على ذلك أن في كلام الغزالي تناقضاً واضطراباً ، كان هو السبب فيما لحق بدراسة المصلحة من بعده من غموض وإبهام ، وتناقض واضطراب (١) .

(١) يقول صاحب رسالة ضوابط المصلحة بعد عرض مذهب الغزالي في المصلحة كما يؤخذ من المستصفي هذه خلاصة كلامه (الغزالي) عن الاستصلاح في المستصفي . وهو ينطوي على اضطراب نجمل بيانه فيما يلي : ثم أخذ يعدد مظاهر الاضطراب في كلام الغزالي وأرجعها إلى ثلاثة : أولها : أنه لا معنى لحصر جواز الاستصلاح فيما كان داخلًا في الضروريات فقط ، مع قوله بأن المصلحة المرسلّة داخلّة ضمن مقاصد الشارع ، والباحث يرى أن الحاجيات والتحسينات داخلّة ضمن هذه المقاصد أيضاً ، وسوف نرى أن لا اضطراب فيه ، وذلك لأمرين ، أولهما : أن الغزالي قد صرح بأن ما لا يجري مجرى الضروري من الحاجيات والتحسينات يؤخذ به ، وثانيهما : لأن ما لا يجري هذا المجرى ليس في مقاصد الشارع العامة ما يدل على الحكم بمجرّد المصلحة ، دون الاعتماد على الأصل المعين . فتطبيق مقاصد الشارع يفيد عدم الحكم بمجرّد مصلحة تحسينية ، لا تجري مجرى الضروري ، وثانيها : يدل كلام الغزالي على أنه لا يرى مانعاً من أن تكون المصلحة المرسلّة ضرورية قطعية كلية ، ومع ذلك فإن هذه الأوصاف لا تخرجها عن الإرسال . وهذا تناقض في نظر الباحث ، لأنه لا يرى أن المصلحة التي يشهد لها أصل كلي لم يثر بشأنها أي جدل أو نقاش ، ولأن هذا الجدل والنقاش قد ثار حول المصلحة التي لا يشهد لها أصل جزئي ولا كلي . ويقول فلا بد أن تكون المصلحة المرسلّة منجّلة على معنى آخر ، غير معنى المصالح الداخلة من قريب في القواعد المتفق عليها ، كيف وأن مثل ذلك لا يمكن أن يبقى مرسلًا ، بل هو مدلول عليه بأخص من مطلق المقاصد العامة للشارع ومطلق الملازمة مع طبيعة أحكامه ، ونحن لا نرى أي اضطراب في أن يحدد الغزالي المصلحة التي يحتج بها بأنها الداخلة تحت أصل شهدت له النصوص الشرعية ، ثم يسمي هذه المصلحة بالمصلحة المرسلّة ، ولا يفيد ، أن يكون غيره قد أطلق المصلحة المرسلّة على المصالح التي تتفق مع المقاصد العامة دون الملازمة لأصل اعتبره الشارع بنصوص شرعية ، ثم من أين له أن المصلحة التي لا تدخل تحت جنس قريب شهدت له النصوص في الجملة هي التي ثار النقاش والجدل حولها ، يأخذ بها البعض ويرفضها البعض ؟ ثم أن الغزالي يسمي هذه المصلحة بالغريبة ويحكي الاتفاق على ردها . وهي مصلحة توافرت بالنسبة لها الشهادة العامة . ومطلق الملازمة مع مقاصد الشارع العامة ، أو بعبارة أخرى هي التي تعتمد على الوصف المناسب الذي لم تتوافر فيه الملازمة لمقاصد الشارع . وقد عبر عنه الغزالي في المستصفي بقوله ، ومناسب لا يلائم ولا يشهد له أصل معين ، فلا يقبل قطعاً عند القائلين ، فإنه استحسن ووضع للشرع بالرأي ، وقد رأينا من خلال دراستنا السابقة ما يؤكد كلام الغزالي ؛ وأن المالكية إنما يحتجون بالمصالح الملازمة دون الغريبة . وثالثها : أن مثال القوس ليس داخلًا في المصالح المرسلّة ، فاعتباره والحكم به ليس من قبيل الاستصلاح . والباحث يعد هذا تناقضاً في كلام الغزالي ، وأنا لا أدري ما وجه التناقض في أن يعمل الغزالي للمصلحة التي حددها ، بالمثال الذي يعجبه ؛ =

هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى فإن اختلاف الطريقة التي قدم بها الغزالي نظريته في المصلحة المرسله ، جعل كتاب الأصول ، قديماً وحديثاً يختلفون في تفسير هذه النظرية . فبينما يرى البعض أن الشروط التي شرطها الغزالي في اعتبار المصالح حجة تعني رفضه الأخذ بها ، لأن هذه الشروط ، في نظر هذا الباحث يستحيل تحقيقها في العادة (١) . يرى البعض الآخر أن الغزالي لم يشترط هذه الشروط في اعتبار المصلحة حجة ، وإنما في اعتبارها حجة قطعية (٢) .

== فإذا كان مثال القوس غير داخل في المصالح المرسله في نظر الباحث فما وجه التناقض إذا كان داخلاً فيها من وجهة نظر الغزالي .

ثم يقول الباحث بعد بيان أوجه الاضطراب في كلام الغزالي في نظره - وإذا علمت أن رأى الإمام الغزالي في الاستصلاح اتي صدى كبيراً في كتب الأصول . . . علمت أن ما ذكرناه من الاضطراب في كلامه ينعكس على ما جاء في كثير من كتب الأصول الأخرى ، رسالة ضوابط المصلحة ٢٩١ ،

(١) راجع لإرشاد الفحول للشوكاني ص ٢٤٣ فقد نقل عن ابن المير أنه رأى أن شرط الكلية ، والقطعية ، والضرورية في جواز الاحتجاج بالمصلحة المرسله يعني رد الاستدلال بها يقول الشوكاني ، وأما ابن المير فقال هو عند الغزالي شرط السكينة والقطعية والضرورية احتكام من قائله ، ثم هو تصوير بما لا يمكن عادة ولا شرعاً . أما عادة فلأن القطع في الحوادث المستقبله لا سبيل لآليه إذ هو عبث وعناد ، أما شرعاً فلأن الصادق المعصوم قد أخبرنا بأن الأمة لا يتسلط عدوها عليها ليستأصل شأفتها . قال : وحاصل كلام الغزالي رد الاستدلال بها لتضييقه في قبولها باشتراط ما لا يتصور وجوده ؟ وراجع أيضاً التقرير والتحجير ٣ : ١٥١ حيث يقول أمير الحاج : وتحقيق هذه الشروط في غاية الندرة ، بل ينتم ، لأن الاطلاع عليها إنما يكون بغالب الرأي ، لأنه أمر مغيب عنا ، لا باليقين ، فلا يجوز بناء الحكم عليه . (٢) انظر في هذا صاحب جمع الجوامع يقول : وليس منه أى من المناسب المرسل مصلحة ضرورية كلية قطعية ، واشترطها الغزالي للقطع بالقول به ، لا لأصل القول به ؟ قال : والظن الغريب من القطع كالقطع ؟ وقد علق البناني على كلام السبكي قائلاً : قلت الذى يفهم من تصنيف المصنف . بل تنكأ أن تصرح عبارته به ، أن الغزالي قائل بالمرسل إذ لم تكن المصلحة بالصفات المذكورة ؟ إذ لو كان مذهب الغزالي أنه لا يقول بالمرسل إلا إذا كانت المصلحة بتلك الصفات لكان سياق الحكاية عنه أن يقول ، وقبله الغزالي أن كانت المصلحة ضرورية لآخ ... جم الجوامع وحاشية البناني عليه ٢ ، ٢٨٤ .

والحق أنه ليس في كلام الغزالي عن المصلحة أى تناقض أو غموض أو اضطراب ، كما يزعم البعض ، وإنما الغموض والاضطراب ، في فهم كلام هذا الإمام الجليل . فسوف نرى من دراسة ما كتبه الغزالي عن المصلحة في كتبه الثلاثة ، أنه رضى الله عنه سار على نسق واضح ، ولم يتناقض فهو موقفه من المصلحة ، بل كان يصدر عن فكرة واحدة آمن بها ، ووضحت في ذهنه ، فعبّر عنها بطرق مختلفة وعرضها في صور عديدة فظن بعض السكاتبين ما ظن . أما عن اختلاف السكاتب في فهم النظرية فليس منشؤه الغموض والتناقض في عبارات الغزالي ، وإنما الاختلاف في فهم وتفسير هذه العبارات .

ولذلك رأيت أنه لا بد في دراسة هذه النظرية ، من عرض ما كتبه الغزالي خاصاً بالمصلحة المرسلة من حيث تحديدها ، وشروط العمل بها ، وعلاقتها بالنصوص الشرعية ، في كل كتاب من كتبه الأصولية الثلاثة ، حتى يتبين للقارىء تماسك النظرية وتناسقها ، وبعدها عن التناقض والاضطراب الذى رميت به ، ويؤمن معى أن الغزالي رضى الله عنه ، وهو يعرض هذه النظرية في صور مختلفة لم يكن يعنى إلا الوصول إلى غاية واحدة .

وقد قسمت هذا المبحث إلى فرعين : عرضت في أولهما ما كتبه الغزالي عن الاستدلال المرسل في كل واحد من كتبه الثلاثة . وخصصت ثانيهما لعرض نتائج هذه الدراسة .

الفرع الأول

عرض ما كتبه الغزالي عن المصلحة في كتبه الثلاثة
وهذا الفرع ينقسم إلى مطالب ثلاثة ، أعرض في كل واحد منها ما كتبه
الغزالي عن الاستدلال المرسل في أحد هذه الكتب .

المطلب الأول

الاستدلال المرسل كما يؤخذ من المنخول

فقد فرق الغزالي في المنخول بين نوعين من الاستدلال ، أطلق على
أحدهما عبارة الاستدلال المرسل ، ، وعلى الثاني عبارة الاستدلال
الصحيح ، وقرر أن الاستدلال المرسل غير واقع في الشرع حتى يحكم عليه
بالقبول أو الرد . وهو يعنى بالاستدلال المرسل ، كما سئزى ، المصلحة التي
لا يشهد لها من الشرع بالبطلان ولا بالاعتبار دلائل مطلقاً ، وهي التي عبر
عنها بعد ذلك في كتابيه : شفاء الغليل والمستصفي بالمصلحة الغريبة ، والتي
مثل لها بمثال فرضى هو حرمان القاتل من الميراث معاملته بنقيض مقصوده ،
بتقدير أن الشرع لم يرد به . ولقد أقام الأدلة على أن هذا النوع من المصالح
غير واقع في الشرع وأما ما أسماه الاستدلال الصحيح ، فقد كتب عنه
فصلاً قصيراً في المنخول ، كاشفاً عن مضمونه وضابطه ، والفرق بين مذهبه
ومذهب مالك فيما يختص بهذا النوع من الاستدلال : وإليك ما قرره
الغزالي في شأن كل واحد من هذين النوعين .

أولاً - الاستدلال المرسل

يقرر الغزالي أن المصلحة التي لا يشهد لها أصل في الشرع غير واقعة
ولا يمكن تصورها ، ذلك أن كل ما يظن مصلحة يشرع حكم لتحقيقها لا بد

أن يكون لها في الشرع شاهد إما بالإلغاء وإما بالاعتبار ، وسواء أكان هذا الشاهد هو الأصل المعين والنص الخاص ، أم كان معنى مأخوذاً من عدة أصول وجملته أدلة .

ففي باب العبادات ، جاءت النصوص الخاصة بشرع بعض العبادات ، فما جاء به النص ، أو كان في معنى النص بحيث يمكن القياس عليه ، اتبع ، وإذا لم يوجد النص فإن المكلف لا يجوز له أن يخترع عبادة أو يبتدع طاعة ؛ لأن ذلك لا يعرف إلا من جهة الشرع ولا يؤخذ إلا من أدلته .

وأما في باب العادات فإن الغزالي يعتصم بجملة قواعد يرى أن الشرع أقرها بنصوص وأدلة كثيرة وإن لم تكن معينة ، فالعرف يحكم في معاني الألفاظ ، في النكاح وصيغ المعاملات والعقود وغيرها ، والشارع قد أحالنا إلى العرف في ذلك ، بأدلة كثيرة فما ليس من الألفاظ فإن الغزالي يقسمه قسمين : قسم ينضبط بنفسه ، وقسم ينضبط بغيره ، النجاسات منضبطة بنفسها ، وذلك لأن النصوص بينت النجاسات أما ما لم ينص عليه ، وإن لم يكن منضبطاً بنفسه ، فهو منضبط بواسطة ما نص عليه ، وبذلك يصل الغزالي إلى أن كل ما لم ينص على نجاسته فهو طاهر . وأما الأفعال فقد نص الشارع على المحظور منها ، وهو منضبط بنفسه ، فما لم يرد به نص يحظره فهو على الإباحة ، وبذلك تكون الإباحات منضبطة بغيرها ، وطرق انتقال الملكية منضبطة في نفسها بالنصوص ، فينضبط بها غيرها ، فما لم يرد به النص على أنه طريق لتلقى الملك فهو غير جائز ، والإيذاء محرم من غير ضبط ، وينضبط بضبط ما استثنى الشرع في مقابلته ، ويكون كل إيذاء محرم ممنوع إلا ما نص عليه الشارع .

وإليك عبارة الغزالي في بيان هذا كما وردت في المنخول : « المختار عندنا والصحيح أن الاستدلال المارسل في الشرع لا يتصور حتى نتكلم فيه ينفي

أو إثبات، إذ الوقائع لا حصر لها، وكذا المصالح وما من مسألة تعرض إلا وفي الشرع دليل عليها إما بالقبول أو بالرد، فإننا نعتقد استحالة خلو واقعة عن حكم الله، (١).

ويقول «كل مصلحة تتخيل في كل واقعة محتوشة بالأصول المتعارضة لا بد وأن تشهد الأصول لردّها أو قبولها، فأما تقدير جريانها مهملاً وغفلاً لا تلاحظ أصلاً بحال تخيله، (٢).

ويستدل الغزالي على أن وجود المصلحة المرسلّة، بهذا المعنى، في الشرع غير واقع بأن الشريعة قد كملت والدين قد تم، ولم ينقطع الوحي إلا بعد هذا السكّال والثمام فيقول: «فإننا نعتقد استحالة خلو واقعة عن حكم الله تعالى، فإن الدين قد كمل، وانقطع الوحي، ولم يكن ذلك إلا بعد كمال الدين، (٣).

ويخرج الغزالي من هذا كله إلى أن كل مصلحة تقدر لا بد أن يكون هناك أصل يقضى بقبولها أو بردها، سواء كان هذا الأصل نصاً معيناً، أو قاعدة عامة أخذت من استقراء جملة نصوص ومجموعة أدلة.

ثانياً — الاستدلال الصحيح

لم يحاول الغزالي في المنخول أن يقسم المصلحة من حيث شهادة الشرع لاعتبارها، ولا من حيث قوتها في ذاتها، ولا من حيث عمومها كما فعل في كتابه شفاء الغليل مكتتفياً بوضع ضابط لما يجوز الاعتماد عليه من المصالح، منبهاً إلى أن أقسام المصالح لا تنضبط ولا يمكن وضع حد لها. وإليك هذا الضابط الذي عقد الغزالي له الفصل الثالث من باب القياس يقول:

(١) المنخول ورقة ٧٤.

(٢) المنخول ورقة ٨٠.

(٣) المرجع السابق ورقة ٧٩.

« كل معنى مناسب للحكم ، مطرد في أحكام الشرع ، لا يردده أصل مقطوع به مقدم عليه ، من كتاب أو سنة أو إجماع ، فهو مقول به ، وإن لم يشهد له أصل معين ، (١) .

ويقول في بيان عدم إمكان تقسيم المعنى المناسب ، ثم أقسامه لا ضبط لها ، فإنه لا يحويه عد ، ولا يضبطه حد ، فقد يتفق معنى مرسل يفيد أسراً كلياً على إجمال ، وقد يفيد حكماً جزئياً في صورة خاصة ، وقد يفهم من قصد الشارع كقوله لا نسكاح إلا بولي وشهود وتفهم العدالة لأن مقصوده الاثبات ، (٢) .

ثم يقارن الغزالي بين الاستدلال الذي يراه حجة ، طبقاً للضابط الذي وضعه وبين مذهب مالك في المصلحة فيقول : « فإن قيل : فما الفرق بين مذهبكم ومذهب مالك حيث انتهى الأمر به في اتباع المصالح إلى القتل في النفوس ، والضرب لمجرد التهم ، وقتل ثلث الأمة لإصلاح نثيها ، ومصادرة الأغنياء عند المصلحة ؟ وما الذي منعكم من اتباعها والحاجة قد تمس إلى التقرير بالتهمة ، فإن الأموال محقونة والسارق لا يقر ، وإثباته بالبينة عسر ، ولا وجه لإظهارها إلا بالضرب ، وهذه مصلحة ظاهرة إلى غير ذلك ؟ . قلنا الفرق بيننا أننا تدبهننا إلى أصل عظيم لم يكثر مالك به ، وهو أننا قدمنا إجماع الصحابة على قضية المصلحة . وكل مصلحة يعلم على القطع وقوعها في زمن الصحابة ، وامتناعهم عن القضاء بموجبها فهي متروكة . ونعلم على القطع أن الأمصار لا تنفك عن السرقة ، وكان ذلك يكثر في زمن الصحابة ، ولم يعزروا بالتهمة ، ولم يقطعوا قط لساناً في هذر ، مع كثرة الهذران ، ولا صادروا غنياً مع كثرة الأغنياء ومسييس الحاجات . وكل ما امتنعوا عنه نمتنع عنه . ومالك لم يتنبه لهذا الأصل . »

(١) المتعول ورقة ٨١ .

(٢) المرجع السابق ورقة ٨١ .

فإن قيل : لو حدثت واقعة لم يعهد مثلها في عصر الأولين ، وسنحت مصلحة لايردها أصل ، ولسكنها حديثة فهل تتبعونها ؟ قلنا : نعم . ولذلك نقول : لو فرضنا انقلاب أموال العالمين بحملتها محرمة لكثرة المعاملات الفاسدة ، واشتباها النصب بغيرها ، وعسر الوصول إلى الخلال المحض وقد وقع فما بالنا نقدر ونبيح لكل محتاج أن يأخذ بمقدار كفايته من كل مال لأن تحريم التناول يفضى إلى القتل ... ونخصه بمقدار سد الرمي يكف الناس عن معاملاتهم ... فكذلك نقول في المستظهر بشوكتة المستولى على الناس المطاع فيما بينهم ، وقد شغل الزمان عن مستجمع لشرائط الإمامة ينفذ أمره ، لأن ذلك يحدث فساداً عظيماً لو لم يقل به ،^(١) .

ويمكن للباحث ، بعد دراسته لما كتبه الغزالي عن المصلحة المرسلة في المنحول أن يقرر النتائج الآتية :

١ - لم يتعرض الغزالي لتقسيمات المصلحة ، كما فعل في بقية كتبه بعد ذلك ، فلم يقسم المصلحة من حيث اعتبار الشارع لها وعدم اعتباره ، ولامن حيث قوتها في ذاتها ، ولا من حيث عمومها وشمولها . منبهاً إلى أن أقسام المصالح لا يحصرها حد ، ولا يحصرها عد .

٢ - أن الغزالي لم يشير إلى شرط الكلية والقطعية والضرورية في المصلحة المرسلة . وسنرى أن جمهور الكتّاب الذين جاءوا بعد الغزالي يؤكدون أهمية هذا الشرط في اعتبار المصلحة المرسلة حجة عند الغزالي .

٣ - الضابط الذي وضعه لاعتبار المصلحة حجة في التشريع يتكون من عناصر ثلاثة : أولها ، أن تكون المصلحة مناسبة ، ويعنى بذلك دخولها تحت المقاصد الشرعية العامة ، من حفظ الأصول الخمسة الكلية : الدين ، والنفس ، والعقل ، والنسل والمال . وثانيها ، ألا يرد المصلحة أصل مقطوع

به من نص أو إجماع . وثالثها . أن تكون مصلحة حديثة ، بمعنى أنه لم يقع مثلها في زمن الصحابة من غير أن يشرعوا حكماً على وفقها .

٤ - أ كد أن الفارق بين الضابط الذي اهتدى إليه في ضبط المصالح الشرعية ، والضابط الذي ارتضاه مالك رضى الله عنه ، ينحصر في العنصر الأخير . ومعنى هذا أن المصالح التي يقول بها مالك هي مصالح مناسبة ، لا يردها أصل شرعى مقطوع به ، شأنه في ذلك شأن الغزالي ، ويفترق مالك عن الغزالي في أن الأول يأخذ بمصالح كانت تقتضى شرع حكم بحققها في زمن الصحابة ، ومع ذلك لم يفعلوا . ويرى الغزالي أن عدم شرع حكم يحقق هذه المصالح لإجماع من الصحابة على عدم جواز شرع مثل هذا الحكم فيما بعد . وهذا نوع غريب من الإجماع في نظرنا فإن الإجماع المشهور إما اتفاق من المجتهدين ، وإما قول من البعض وسكوت من البعض الآخر . أما سكوت المجتهدين عن شرع الحكم ، فلا نرى تسميته إجماعاً على عدم جواز هذا الحكم ، وإسباغ حجية الإجماع عليه ، وإلا لامتنع على المجتهدين في كل عصر أن يبحثوا حكم الوقائع التي سكوت عنها المجتهدون في العصر السابق ، بدعوى أن الحاجة كانت ماسة إلى إعطاء هذه الوقائع حكماً شرعياً ، ولم يشرعه أهل العصر الأول .

وأما عن قول الغزالي أن مالكاً أفتى بمصادرة الأغنياء ، فلا أدري من أى مصدر أخذ الغزالي هذه الفتوى ، ولقد رأينا شيوخ المالكية ، وعلى رأسهم الشاطبي ينفون هذه الفتوى عن مالك ، ويقررون أن صورة العقوبة المالية التي يجزها مالك تتمثل في مصادرة المال الذى ارتكبت به أو بسببه المعصية أو الجريمة ، وهو ما يعبر عنه في القانون الجنائى الحديث بمصادرة الأشياء والأدوات التي استعملها الجانى في ارتكاب الجريمة .

وأما قوله أن المصلحة كانت تقتضى الضرب بالتمهم في زمن الصحابة ،

ومع ذلك فلم يضر بوا بهمة ، فكان ذلك منهم إجماعاً على عدم جواز الضرب بالتهم ، فمنعنا لانواقفه عليه ، ذلك أن سلطان الدين كان قوياً على قلوب المسلمين ، فلا يحلف المتهم كذباً إذا اتهم بالسرقة ولم تقم عليه البينة وطلب منه الدين ، وكان وازع الدين يدفع شهود السرقة إلى التقدم بالشهادة دون خوف من السارق . وأخيراً فإن السرقات لم تبلغ في عصر الصحابة من الكثرة ما بلغت في زمن مالك . من أجل ذلك كله لا يمكن القول أن المصلحة كانت توجب التعزير بالتهم في عصر الصحابة ، بنفس الدرجة التي كانت توجبه في زمن مالك أو اليوم .

هذا كله على فرض أنه قد ثبت عن مالك الفتوى بجواز الضرب بالتهم ، وقد بينا سابقاً أن نسبة هذه الفتوى إلى مالك غير صحيحة ، ولكن إذا صححت هذه النسبة لم يكن مالك مخالفاً بها إجماع الصحابة ، لأن ظروف الفتوى مختلفة .

٥ - طبق الغزالي الضابط الذي وضعه لجواز العمل بالمصلحة المرسل على فرعين : أولهما ، جواز تناول ما فوق الحاجة إذا انقلبت أموال العالمين بجملتها محرمة وثانيهما ، نفاذ ولاية الإمام المستظهر بشوكته المستولى على الناس ، المطاع فيما بينهم ، ولو لم يستجمع شروط الإمامة . ومعنى هذا أن المصلحة في هذين الفرعين مصلحة مناسبة ، لا يرد لها أصل شرعى مقطوع به ، وهي مصلحة حادثة لم يقطع بوقوعها في زمن الصحابة . وسوف نرى أن الغزالي قد أكثر من التمثيل للمصلحة المرسل بعد ذلك في شفاء الغليل ، ولم يعرض لشرط حادثة المصلحة الذي أولاه كل عنايته في المنحول . وذكر ضوابط وتقسيمات وشروطاً أخرى لجواز اتباع المصالح .

المطلب الثانى

الاستدلال المرسل كما يؤخذ من شفاء الغليل

ولقد تكلم الغزالى فى كتابه شفاء الغليل على المصلحة المرسله بتفصيل أوفى ، وبشكل أوسع ، وذكر كثيراً من المسائل التى يمكن تطبيق هذه النظرية عليها ، مناقشاً الإمام مالكاً رضى الله عنه ، فى بعض ما يأخذ به من المصالح ، وأداء بعضها ، قابلاً البعض الآخر . وإليك موجزاً لما كتبه الغزالى فى هذا الكتاب .

أولاً - تعريف الاستدلال المرسل

بدأ الغزالى الكلام فى الاستدلال المرسل بتعريفه فقال : « الاستدلال المرسل يعنى به الاعتماد على المعنى المناسب المصلحى يظهر فى الفرع من غير استقصاد بأصل معين » .

وأول ما يلاحظ على هذا التعريف أنه يستعمل عبارة الاستدلال المرسل هنا بمعنى أهم من المصلحة الملائمة أو الغربية ، أو المصلحة ، إذ الذى يتوافر فى هذا الاستدلال المناسبة العامة التى تظهر فى الفرع ، وعدم ذكر الأصل المعين ، ومن المعلوم أن هذه المناسبة قد تلغى بنهر معين ، وقد تكون مناسبة غريبة ، وقد تكون مع مطلق المناسبة ملائمة لجلس تصرفات الشرع . وعلى هذا يكون الغزالى قد استعمل عبارة الاستدلال المرسل هنا بمعنى مغاير لما استعمله فيها فى كتابه : المنحول والمستصفي فقد رأينا أنه كان يعنى به فى المنحول المصلحة التى مكنت شواهد الشرع عنها ، فلا يردّها ولا يقبلها أصل شرعى . وسنرى أنه يقصد بها فى المستصفي المصلحة الملائمة التى ترجع إلى حفظ مقصود فهم من الكتاب والسنة والإجماع .

ثانياً - تقسيمات المصلحة

ولهذا فإن الغزالي احتاج إلى تقسيم المصلحة المرسلّة تقسيمات عدة ، فقسمها من حيث قوة المصلحة في ذاتها ، ومن حيث عمومها ، ومن حيث اعتبار الشارع لها ، مبيناً الشرط الضروري في الاستدلال بالمصلحة المرسلّة . وإليك هذه التقسيمات على وجه الإجمال .

١ - أقسام المصلحة من حيث اعتبار الشارع :

قسم الغزالي المصلحة المرسلّة من حيث اعتبار الشارع إلى مصلحة ملامّة ، ومصلحة ملخاة (١) . ومصلحة غريبة فقال ونقسمها نوعاً آخر من التقسيم فنقول : هي تنقسم إلى ما يلغى في الشرع ملاحظة جنسها فهو المعتبر ، وإلى ما يصادم في محل نص للشرع ، فيتضمن اتباعه تغيير الشرع فهو باطل عندنا ، وإلى ما سكّنت عنه شواهد الشرع ونصوصه ، فلا يناقضه نص ، ولا يشهد لجنسه شرع ، فهو المصلحة الغريبة التي يتضمن اتباعها إحداث أمر بديع لأعهد لمثلها في الشرع ، هذا هو وجه انقسامها من حيث شواهد الشرع .

والذي يؤخذ من هذا التقسيم أن المصلحة المرسلّة لا تقبل عند الغزالي إلا إذا كانت ملامّة لتصرفات الشرع ، وعرفت هذه الملامّة من نصوصه ، أما المصلحة المناقضة لنص شرعي ، والمسكوت عنها ، فهما باطلتان في نظره ومن هذا نظفر بأول شرط يشترطه الغزالي في العمل بالمصلحة المرسلّة ، وهو الملامّة لجنس تصرفات الشرع .

٢ - تقسيم المصلحة من حيث قوتها في ذاتها :

قسم الغزالي المصلحة من حيث قوتها في ذاتها فقال (٢) : « وقد رتبنا

(١) شفاء الغليل ١٨٢ .

(٢) شفاء الغليل ١٨٢ .

المناسبات على ثلاث مراتب ، وذكرنا أن منها ما يقع في رتبة الضرورات ، ومنها ما يقع في رتبة الحاجات ، ومنها ما يقع في رتبة التحسينات . . فالواقع منها في هذه الرتبة الأخيرة لا يجوز الاستمسك بها ، ما لم تعتضد بشهادة أصل معين ورد في الشرع الحكم فيه على وفق المناسبة . أما الواقع في رتبة الضرورات أو الحاجات . . . فالذى نراه فيها أنه يجوز الاستمسك بها إن كان ملائماً لتصرفات الشرع ، ولا يجوز الاستمسك بها إن كان غريباً لا يلائم القواعد .

ففي هذا التقسيم دلالة على أن المصلحة المرسلة إنما يؤخذ بها عند الغزالي إذا كانت واقعة في رتبة الضرورات أو الحاجات ، بخلاف ما إذا كانت من المصالح التحسينية وأن الملاءمة لقواعد الشرع شرط لازم في الاحتجاج بهذه المصالح الضرورية والحاجية .

ومن هنا أمكن القول بأن الغزالي رتب أهمية كبيرة على هذا التقسيم ، حيث أخرج المصالح التحسينية من نطاق المصالح التي يحتج بها ما لم تعتضد بشهادة أصل معين يشهد لعين المصلحة ، حتى يكون العمل بهذه المصالح من باب القياس على الأصل الذى يشترك الفرع معه في عين العلة ، وينتقل منه إلى الفرع نوع الحكم ، لا حكم عن جلسه .

٣ - أقسام المصلحة من حيث عمومها وخصوصها :

قسم الغزالي المصلحة من حيث العموم والشمول إلى أقسام ثلاثة فقال (١) : « وتنقسم قسمة أخرى بالإضافة إلى مراتبها في الوضوح والخفاء منها ما يتعلق بمصلحة عامة في حق الخلق كافة ، ومنها ما يتعلق بمصلحة الأغلب ، ومنها ما يتعلق بمصلحة شخص معين ، في واقعة نادرة ، وتتفاوت هذه المراتب

(١) شفاء الغليل : ١٨٤ .

في الظهور ، وكل ذلك حجة بشرط ألا يكون بديعاً غريباً ، وبشرط ألا يصادم نصاً ، ولا يتعرض له بالتغيير .

فأنت تراه ، في هذا التقسيم ، لا يعلق أهمية خاصة على ما إذا كانت المصلحة عامة ، لسكافة الخلق أو خاصة بالأغلب من الناس أو خاصة بفرد معين أو بعبارة أخرى ، ليس الغرض من هذا التقسيم اشتراط العموم أو الأغلب في المصلحة أو لإخراج المصلحة الخاصة من نطاق المصالح التي يحتاج بها ، بل إنه يصرح بذلك فيقول : « وكل ذلك حجة » . والشرط الوحيد الذي يهمه ألا تكون هذه المصلحة غريبة ، ولا مصادمة لنص شرعي ، أو بعبارة أخرى يشترط في المصلحة الملاءمة لجنس تصرفات الشرع .

وعلى هذا يمكن القول بأن المصلحة الخاصة بشخص معين ، في حالة نادرة ، عند الغزالي ، حجة ، مادامت ملائمة لجنس تصرفات الشرع ، غير مناقضة لنصوصه .

والذي يجب التنبيه إليه هو أن معرفة ما إذا كانت المصلحة عامة أو خاصة مسألة في غاية الأهمية ، إذ يتوقف كون المصلحة ملائمة أو غير ملائمة على درجة المصلحة في العموم والشعول ، كما سنرى فيما بعد .

ثالثاً : خلاصة رأى الغزالي في المصلحة كما يؤخذ من شفاء الغليل : والذي يمكن أن يخرج به الباحث من كتابة الغزالي في الاستدلال المرسل في كتابه شفاء الغليل أمور :

١ - أن شرط العمل بالمصلحة المرسله عنده ، هو الملاءمة ، وعدم مصادمة النص المعين . وأن المصلحة الغريبة المسكوت عنها في الشرع ، والمبلغاة التي تصادم في محل نصاً ، لا يعمل بها .

٢ - أن المصالح الضرورية والحاجية هي التي يحتاج بها بمجردھا ، وأما المصلحة التحسينية ، فلا بد فيها من الأصل المعين ، وبعبارة أخصر ، يشترط

في الاستدلال المرسل أن تكون المصلحة ضرورية أو حاجية لا تحصيلية .

٣ - أنه لم يتعرض لشرط القطعية في المصلحة التي يرى جواز الاحتجاج بها . بل ولم يشر إلى هذا الشرط ، ولم يكن ميزاناً يزن به المصالح التي يقبلها أو يردها عندما ناقض المالكية في المصالح التي يقولون بها .

٤ - أن المصالح الخاصة بفرد معين ، في حالة نادرة يؤخذ بها إذا توافر بالنسبة لها شرط الملاممة ، والضرورة أو الحاجة وعدم مناقضة النص المعين .

المطلب الثالث

المصلحة المرسله كما تؤخذ من المستصفي

بدأ الغزالي في كتابه : المستصفي بذكر تقسيمات للمصلحة ، ومن خلال هذه التقسيمات استطاع أن يحدد الشروط التي تلزم عنده للقول بالمصلحة . ونحن نذكر تلك التقسيمات ثم نستخلص منها هذه الشروط فنقول :

أولاً - تقسيمات المصلحة

١ - أقسام المصلحة بالإضافة إلى شهادة الشرع :

قسم الغزالي المصلحة من هذه الجهة فقال (١) : « المصلحة بالإضافة إلى شهادة الشرع ثلاثة أقسام : قسم شهد الشرع لاعتبارها ، وقسم شهد لبطلانها ، وقسم لم يشهد الشرع لا لبطلانها ولا لاعتبارها . أما ما شهد الشرع لاعتبارها ، فهي حجة ويرجع حاصلها إلى القياس ، وهو اقتباس الحكم من معقول النص والإجماع ... ومثاله حكمتنا أن كل ما أسكر من مشروب أو ما كول فيحرم قياساً على الخمر لأنها حُرمت لحفظ العقل الذي هو مناط

التكليف ، فتحریم الشرع دليل على ملاحظة هذه المصلحة .
 [القسم الثاني ما شهد الشرع لبطلانها . مثاله قول بعض العلماء لبعض
 الملوك لما جامع في نهار رمضان عليك صوم شهرين متتابعين فلما أنكر
 عليه حيث لم يأمره باعتاق رقبة مع اتساع ماله ، قال : لو أمرته بذلك لسهل
 عليه ، واستحققر لإعتاق رقبة في جنب قضاء شهوته ، فكانت المصلحة في
 إيجاب الصوم لينزجر به . فهذا قول باطل ومخالف لنص الكتاب بالمصلحة ،
 وفتح هذا الباب يؤدي إلى تغيير جميع حدود الشرائع ونصوصها ، بسبب
 تغير الأحوال] .

القسم الثالث : ما لم يشهد له من الشرع بالبطلان ولا بالاعتبار نص
 معين . وهذا في محل النظر فلنقدم على تفصيله بتقسيم آخر ، ثم ذكر تقسيم
 المصلحة من حيث قوتها في ذاتها .

فالذي يؤخذ من هذا التقسيم هو التفرقة بين أنواع ثلاثة مما يتخيل العقل
 أنه مصلحة يشرع حكم لتحقيقها ، النوع الأول : مصلحة شهد النص المعين
 لعينها ، وهي داخلية في باب القياس ، وهو المصلحة المعتبرة . النوع الثاني :
 مصلحة شهد النص المعين لإلغائها وهذه هي المصلحة الملغاة بنص معين .
 والقسم الثالث ، هو المصلحة المرسلة أى التي لم يشهد نص معين باعتبارها
 فتكون قياساً ، ولا بإلغائها ، فتكون مصلحة ملغاة . وعلى الجملة ، فإن
 الغرض من هذا التقسيم هو التفرقة بين المصلحة المرسلة والقياس من ناحية ،
 وبينها وبين المصلحة الملغاة من ناحية أخرى . فالقياس مصلحة شهد النص
 المعين باعتبارها ، والمصلحة الملغاة ، شهد النص المعين لإلغائها ، وأما
 المصلحة المرسلة فهي ما لم يرد فيها نص معين لا بالاعتبار ولا بالإلغاء .
 ونخرج من هذا التقسيم بالشرط الأول في المصلحة المرسلة وهو ألا يشهد
 لها من الشرع نص معين لا بالإلغاء ولا بالاعتبار .

٢ - أقسام المصلحة باعتبار قوتها في ذاتها :

المصلحة التي تنقسم هذا الانقسام هي المصلحة المرسلة ، لا المعتبرة

بُهِس معين ، وهى الداخلة فى باب القياس ، ولا الملقاة التى تشهد النص بإلغاء عينها . وذلك يظهر من ذكر الغزالى لأقسام المصلحة من حيث الاعتبار ، وقوله بعد ذكر القسم الثالث الذى لم يشهد له من الشرع بالبطلان ولا بالإلغاء نص معين : وهذا فى محل النظر فلنقدم على تقسيمه تقسيماً آخر وهو أن المصلحة باعتبار قوتها فى ذاتها ... الخ ، فهذا يفيد أن تقسيم المصلحة باعتبار قوتها إنما هو للمصلحة التى لم يشهد لها من الشرع بالبطلان ولا بالاعتبار نص معين . وهذا واضح فى نفسه ، فإنه لا يقال مصلحة ملغاة ضرورية ، ولا يقال قياس حاجى أو ضرورى .

وفى هذا التقسيم يقول الغزالى^(١) : « المصلحة باعتبار قوتها فى ذاتها تنقسم إلى ما هى فى رتبة الضرورات ، وإلى ما هى فى رتبة الحاجات ، وإلى ما يتعلق بالتحسينات والتزيينات وتنعاد أيضاً عن رتبة الحاجات ، ويتعلق بإذيال كل قسم من الأقسام ما يجرى منها مجرى التسكلة والتنمية . ولنفهم أولاً معنى المصلحة ثم أمثلة مراتبها .] أما المصلحة فهى عبارة فى الأصل عن جلب منفعة أو دفع مضرة ، ولسنا نعى به ذلك ، فإن جلب المنفعة ودفع المضرة مقاصد الخلق ، وصلاح الخلق فى تحصيل مقاصدهم ، ولكننا نعى بالمصلحة المحافظة على مقصود الشرع ، ومقصود الشرع من الخلق خمسة : وهو أن يحفظ عليهم دينهم ونفسهم وعقلمهم ونسلهم ومالهم . فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة ، وكل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة ودفعها مصلحة ، وإذا أطلقنا المعنى الخليل أو المناسب فى باب القياس أردنا به هذا الجنس وهذه الأصول الخمسة حفظها واقع فى رتبة الضرورات فهى أقوى المراتب فى المصالح ومثاله قضاء الشرع بقتل الكافر المضل ، وعقوبة المبتدع الداعى إلى بدعته ، فإن هذا يفوت على الخلق دينهم ، وقضاؤه بإيجاب القصاص ، إذ به حفظ النفوس وإيجاب حد الشرب ، إذ

به حفظ العقول التي هي ملاك التكليف ، وإيجاب حد الزنا ، إذ به حفظ
 المسل والأنساب ، وإيجاب زجر الغصاب والسراق ، إذ به حفظ الأموال
 التي هي معاش الخلق وهم مضطرون إليها ... والرتبة الثانية ما يقع في رتبة
 الحاجات من المصالح والمناسبات كتسليط الولي على تزويج الصغير والصغيرة ،
 فذلك لا ضرورة إليه ، لكنه محتاج إليه في إقتناء الصالح وتقييد الأكفاء
 خيفة من الفوات ، واستغناءً للصالح المنتظر في المآل ... الرتبة الثالثة ما لا
 يرجع إلى ضرورة ولا إلى حاجة ، ولكن يقع موقع التحسين والتزيين
 والتيسير للزاي والمزائد ، ورعاية أحسن المناهج في العادات والمعاملات ،
 ومثاله سلب العبد أهلية الشهادة مع قبول فتواه وروايته

ثم قال بعد أن عرف كل مرتبة من هذه المراتب ، ومثل لها ، فإذا
 عرفت هذه الأقسام فنقول : الواقع في الرتبتين الأخيرتين لا يجوز الحكم
 بمجردة . إن لم يعتضد بشهادة أصل إلا أنه يجري مجرى وضع الضرورات
 فلا بعد في أن يؤدي إليه اجتهاد مجتهد ، وإن لم يشهد الشرع بالرأى فهو
 كالاستحسان ، فإن اعتضد بأصل فذاك قياس ... وأما الواقع في رتبة
 الضرورات فلا بعد في أن يؤدي إليه اجتهاد مجتهد ، وإن لم يشهد له أصل
 معين ، ثم مثل له بمثال الترس المشهور فقال ، ومثاله أن الكفار ... الخ ثم
 قال « فهذا مثال مصلحة غير مأخوذة بطريق القياس على أصل معين . وافقد
 اعتبارها باعتبار ثلاثة أوصاف أنها ضرورية ، قطعية ، كلية . »

فالذي يؤخذ من هذا التقسيم أن الغزالي يشترط في العمل بالمصلحة
 المرسل أن تكون واقعة في رتبة الضرورات ، أو ما يجري مجرى الضرورات ،
 ولذلك نخرج بالشرط الثاني الذي يذكره الغزالي للعمل بالمصلحة المرسل ،
 وهو كون المصلحة ضرورية أو جارية مجرى الضرورية . وقد رأينا أن
 شرط عدم وجود النص المعين الذي يشهد للمصلحة بالإلغاء والاعتبار إنما
 ٢٩ — نظرية المصلحة

كان لتحقيق معنى المصلحة المرسله ، والتمييز بينها وبين المصلحة المعتبرة والمغاة . فهو شرط لبيان المقصود من المصلحة المرسله ، وليس شرطاً في جواز النسك بالمصلحة المرسله ، وبعبارة أخصر ، عدم شهادة انفس المعين للمصلحة بالاعتبار أو الإلغاء هو معنى المصلحة المرسله ، وبعد التحقق من أن المصلحة مرسله يأتي دور الشروط اللازمة في حجية هذه المصلحة . وقد رأينا أنه يؤخذ من هذا التقسيم ، ومن تعلّق الغزالي عليه ، أن الشرط في أعمال المصلحة المرسله أن تكون مصلحة تدعو إليها ضرورة أو حاجة منزلة منزلة الضرورة وجارية مجراها .

٣ - أقسام المصلحة من حيث الملاءمة ومن حيث الشمول :

ولكن الباحث يلاحظ أن الغزالي لم يتكلم في المستصفي عن تقسيمين ذكرهما في شفاء الغليل ، وهما تقسيم المصلحة من حيث الملاءمة وعدمها ، ومن حيث الشمول والعموم . فلقد سبق أن رأينا أنه يفرق بين المصلحة الملائمة لجنس تصرفات الشرع ، والمصلحة الغريبة التي سكنت شواهد الشرع وأدلتها عنها ، فلا يناقضها نص ، ولا يشهد لجنسها شرع ، وهنا جعل أقسام المصلحة ثلاثة : مصلحة معتبرة ، ومصلحة ملاغة ، ومصلحة مرسله ، وفي هذا القسم الأخير لم يفرق بين المصلحة الملائمة والمصلحة الغريبة ، في حين أنه في شفاء الغليل فرق بين هذين القسمين . فهل هذا يعني أنه لم يشترط الملاءمة لجنس تصرفات الشرع في الاحتجاج بالمصلحة المرسله ؟

والإجابة على هذا السؤال بالنفي ، وذلك لأن شرط الملاءمة لتصرفات الشرع يؤخذ من مجموع كلام الغزالي في المصلحة ، ومن الأمثلة التي ذكرها للمصلحة التي يرى الاحتجاج بها . فهو يقول (١) :

« فكل مصلحة لا ترجع إلى حفظ مقصود فهم من الكتاب والسنة

والإجماع ، وكانت من المصالح الغريبة التي لا تلائم تصرفات الشرع فهي باطلة مطرحة ، ومن صار إليها فقد شرع ، كما أن من استحسن فقد شرع .
أما تقسيم المصلحة من حيث الشمول إلى مصلحة عامة ، وخاصة ، فإن الغزالي لم يتعرض له صراحة في المستقصى ، ولكنه أشار إليه في مواضع كثيرة ، عند الموازنة بين المصالح المتعارضة ، وعند التمثيل للمصالح المرسلّة . فقد قال بعد مثال الترس « فهذا مثال مصلحة ... وانقدح اعتبارها باعتبار ثلاثة أوصاف ، أنها ضرورية قطعية ، كلية ، وقال : ونحن نعلم أن الشرع يؤثر الكلي على الجزئي » ، ولقد سبق أن رأينا الغزالي لا يعلق أهمية كبرى على هذا التقسيم في كتابه شفاء الغليل ، حيث يصرح بعد ذكر أقسام المصلحة من حيث الشمول بقوله « وكل ذلك حجة بشرط الملاءمة لتصرفات الشرع » .

الفرع الثالث

نتائج هذه الدراسة

ونستطيع الآن بعد دراسة ما كتبه الغزالي عن المصلحة المرسلّة في كتبه الثلاثة أن نخرج بالنتائج الآتية فيها :

١ - فيما يتعلق بشرط ملاءمة المصلحة لجلس تصرفات الشرع :

رأينا الغزالي يحرص على اشتراط الملاءمة لجلس تصرفات الشرع في المصلحة المرسلّة حتى يمكن القول بأنها حجة ، وقد نص على ذلك في كتبه الثلاثة ، المنخول ، وشفاء الغليل ، والمستقصى ، وجعل الملاءمة هي المقياس في قبول أو رفض الأخذ بالمصلحة في الأمثلة التي عرضها في كل كتبه ، ونناظر فيها الإمام مالمكارضى الله عنه .

٢ — فيما يتعلق بشرط عدم مصادمة المصلحة لنص شرعى :

ولقد حرص الغزالي فى كل ما كتبه على أن يشترط عدم مصادمة المصلحة المرسله لنص شرعى ، وقلنا إن هذا شرط فى كون المصلحة مرسله ، وليس شرطاً زائداً فى قبول الاحتجاج بها ، إذ المصلحة المناقضة للنص لاتسمى مصلحة مرسله بل تسمى مصلحة ملغاة .

٣ فيما يتعلق بشرط الضرورة :

رأينا أن الغزالي يصرح فى شفاء الغليل بأن المصالح الضرورية والحاجية يجوز الاستمسك بها مادامت ملائمة لجنس تصرفات الشرع ، أما المصالح الواقعة فى رتبة التحسينات فإنه لايجوز الاستمسك بها مالم تعتضد بأصل معين يمكن القياس عليه .

أما فى المنحول فلم يتعرض لاشتراط كون المصلحة المرسله واقعة فى رتبة معينة ، وإنما اكتفى باشتراط الاطراد فى الشرع ، وهو شرط الملائمة لجنس تصرفات الشارع الذى تحدث عنه فى المستصطفى وشفاء الغليل .

وفى المستصطفى قرر الغزالي بعد ذكر مراتب المصالح الثلاث : الضرورات والحاجات والتحسينات ، أن المصالح الواقعة فى رتبة الحاجات والتحسينات لايجوز الحكم بمجردها مالم تعتضد بشهادة أصل معين يمكن القياس عليه . إلا أنه أردف ذلك بقوله « إلا أنه يجرى مجرى وضع الضرورات فلا بعد من أن يودى إليه اجتهاد مجتهد ، وأما المصالح الضرورية فقد قرر أنه لا بعد من أن يودى إليها اجتهاد مجتهد ، وإن لم يشهد له أصل معين » .

وعلى هذا فلا تناقض بين تصريح الغزالي فى شفاء الغليل لقبول المصالح الحاجية كالضرورة ، وبين قوله فى المستصطفى بقبول المصالح الضرورية دون الحاجية والتحسينية ذلك أنه قد صرح بأن المصالح غير الضرورية قد تجرى مجرى المصالح الضرورية فتلحق بالأخيرة ويجوز الحكم بمجردها . وعلى هذا

يحمل إطلاق القول بقبول المصالح الحاجية في شفاء الغليل ، على ما إذا كانت هذه المصالح جارية مجرى الضرورات كما في المستصفي .

بل إن الغزالي قد فسر هذا الإجمال ، وقيد ذلك الإطلاق في شفاء الغليل نفسه ، حيث قرر بعد إطلاق القول بقبول المصالح الحاجية ، أن الحاجة العامة في حق كافة الخلق تنزل منزلة الضرورة الخاصة في حق الشخص الواحد ، وبذلك يمكن القول بأن الغزالي يقصد أن المصالح الحاجية يقبل الحكم بمجردھا ، إذا توافرت بالنسبة لها صفة العموم ، حتى تكون جارية مجرى الضرورات .

والخلاصة إذن فيما يتعلق بشرط الضرورة ، أن الغزالي يحتج بالمصلحة الضرورية ، ولو كانت في حق شخص واحد ، وكذلك المصالح الحاجية إذا كانت الحاجة عامة في حق كافة الخلق ، أو بعبارة أخرى ، الضرورة أو الحاجة العامة هي الشرط في العمل بالمصلحة المرسلة عنده .

٤ -- فيما يتعلق بشرط السكلية :

رأينا أن الغزالي لم يتعرض لاشتراط السكلية في المصلحة المرسلة في كتابه المنحول ، بل أكثر من ذلك لم يتعرض لتقسيم المصلحة من حيث الشمول والعموم ، وكان الشرط الوحيد في جواز العمل بالمصالح عنده هو الاطراد في الشرع ، أي الملاممة لجلس تصرفات الشارع . زيادة على الشرط الأول وهو ألا يردها أصل مقطوع به مقدم عليها .

وأما في شفاء الغليل فقد قسم الغزالي المصلحة من حيث العموم والشمول أقساماً ثلاثة كما سبق : مصلحة عامة في حق الخلق كافة ، ومصلحة تتعلق بالأغلب ، ومصلحة تتعلق بشخص واحد في واقعة نادرة ، ثم قرأن هذه المراتب تفاوت في الظهور ، وقال « وكل ذلك حمجة بشرط ألا يكون بديعاً غريباً ، وبشرط ألا يصدم نصاً ولا يتعرض له بالتغيير » .

وفي كتابه المستصفي لم يقسم المصلحة هذا التقسيم ، كما لم يشترط في المصلحة المرسل أن تكون مصلحة عامة أو كلية صراحة ، بل رأيناه يصرح كما صرح في كتابيه المنحول وشفاء الغليل بأن الشرط الجوهرى هو الملاءمة لمقاصد الشارع فيقول : « كل مصلحة لا ترجع إلى حفظ مقصود فهم من الكتاب والسنة والإجماع ، وكانت من المصالح الغريبة التي لا تلائم تصرفات الشرع فهي باطلة مطرحة ، ومن صار إليها فقد شرع ، كما أن من استحسن فقد شرع ، وكل مصلحة رجعت إلى حفظ مقصود شرعى علم كونه مقصوداً بالكتاب والسنة والإجماع فليس خارجاً عن هذه الأصول ، ولكنه لا يسمى قياساً بل مصلحة مرسل ، إذ للقياس أصل معين » .

ولقد دعا ذلك صاحب رسالة ضوابط المصلحة إلى القول بأن كلام الغزالي فيما يتعلق بشرط الكلية في المصلحة ينطوى على تناقض واضطراب ذلك أن الغزالي بينا يكتفى في المنحول وشفاء الغليل بشرط الملاءمة لجنس تصرفات الشرع لاعتبار المصلحة حجة ، ويصرح في الأخير بأن المصلحة الخاصة بشخص واحد في حالة نادرة يؤخذ بها مادامت ملائمة لجنس تصرفات الشرع ، يعود فيقول في المستصفي بعد مثال الترس المشهور « فهذا مثال مصلحة غير مأخوذة بطريق القياس على أصل معين ، وانقدح اعتبارها باعتبار ثلاثة أوصاف أنها ضرورية قطعية كلية ، وهذا تناقض واضطراب في نظر الباحث : إذ الغزالي يصرح في موضع بأن المصالح الخاصة بفرد في حالة نادرة حجة ، ويصرح في موضع آخر بأن المصلحة لا يؤخذ بها إلا إذا توافر لها شرط الكلية ، كما يفهم ذلك الباحث .

والذى نراه أنه ليس هناك تناقض أو اضطراب في كلام الغزالي ، ذلك أن النص الصريح في شفاء الغليل على أن المصالح العامة ، والغالبة ، والخاصة حجة بشرط الملاءمة لا يقدم على النص المحتمل في المستصفي ، ففى الكتاب الأخير ، لم يصرح الغزالي بشرط الكلية ، وإنما اشترط هذا في مثال خاص

هو مثال الترس ، ولا تكون المصلحة فيه ملائمة لجنس تصرفات الشرع إلا بالقيود الثلاثة القطعية ، والضرورة ، والكلية ؛ ذلك أن ترجيح الكثير على القليل لم يعم دلائل على أنه مقصود للشارع ، إذ أجمعت الأمة على أنه لو أكره شخصان على قتل شخص لا يحل لهما قتله ، وأنه لا يحل لمسلمين أكل مسلم في محصة فمنع الإجماع من ترجيح الكثرة .

وأما من ناحية القطع ، فإنه قال به في هذا المثال كشرط لا اعتبار مصلحة قتل الترس ملائمة ، ذلك أن الشارع يحتاط في باب الدماء أكثر من غيره وما عهد في الشرع القتل بالوهم والظن .

وأما شرط أن تكون المصلحة ضرورية فذلك أن المصلحة الفائتة مصلحة ضرورية فلا بد إذن من كون المصلحة التي يراد حفظها بتفويت المصلحة الضرورية ضرورية أيضاً ؛ إذ لم يعهد من الشارع تقديم مصلحة حاجية أو تحصيلية على مصلحة ضرورية .

والخلاصة أن الشرط في المصلحة الداعية إلى قتل الترس أن تكون مصلحة ملائمة لجنس تصرفات الشرع ، ولما كان قتل الترس تفويتاً لدم معصوم بدون ذنب سافك ، فلا بد إذن أن تكون المصلحة الداعية لإهدار المصلحة الضرورية مصلحة ضرورية أيضاً ، وإذا كانت مصلحة ضرورية فلا بد أن تكون مصلحة عامة وليست غالبية إذ الإجماع قائم أن ترجيح الكثرة ليس مقصوداً للشرع ، وأخيراً فإن قتل الترس تفويت مصلحة قطعاً ، فلا بد أن تكون المصلحة الداعية إليه قطعية أو ظنية ظناً قريباً من القطع على الأقل . إذ لم يعهد عن الشارع القتل بالوهم أو الظن العادي . وقد صرح بذلك الغزالي فقال « والقتل بتوهم المصلحة لاسيلاً إليه » .

وإذا كان ذلك كذلك فإنه لا تناقض في كلام الغزالي رضي الله عنه ،

ذلك أنه لا يشترط في كل مصلحة أن تكون كلية ، بل كل المصالح عنده سواء ، وإنما اشترط السكلية في مثال الترس لأنه شرط لازم لاعتبار المصلحة ملائمة لجنس تصرفات الشرع ، ويقوى هذا أن الغزالي صرح بأن المصالح الخاصة في محل الاجتهاد ، وأنه يمكن الأخذ ببعض هذه المصالح إلا إذا عارضتها مصلحة أخرى (١) .

(١) أما نص رحمه بأن المصالح الخاصة في محل الاجتهاد فيدل عليه عبارته إذ يقول رحمه الله في المستصفي ١ : ٣٠٦ .

« فإن قيل فما قولكم في المصالح الجزئية المتعلقة بالأشخاص مثل المفقود زوجها ، وكذلك إذا عقد وليان نكاحين ، أحدهما سابق ، واستبهم الأمر ، وكذلك المرأة إذا تباعد حيضها عشر سنين . . . قلنا : المسألتان الأوليان في محل الاجتهاد » .

ومعنى هذا النص أن الغزالي لا يرد المصالح الخاصة لأنها مصالح خاصة وليست كلية ، ولكنه يجعلها في محل الاجتهاد ، ويطبق عليها قواعد الترجيح بين المصالح .

فهو يرى أن المصلحة كانت تقضى بفسخ نكاح زوجة المفقود بعد المدة التي قدرها عمر وهي أربع سنين ، « وذلك دفعاً لضرر العزوبة عنها » ، « ونحن نعلم أن دفع الضرر مقصود شرعاً ، المستصفي ١ : ٣٠٧ إلا أنه يميل إلى ترجيح مذهب الشافعي الجديد الذي لا يرى الفسخ إلا بقيام البيئة على موته ، أو مضي مدة لا يعيش مثلها ، لا على أساس أنه لا يرى الاحتجاج « بالمصالح الجزئية الراجعة إلى الأشخاص » ولكن لأنه يعتقد أنه إذا كان « في الفسخ دفع ضرر عنها ، ورعاية جانبها ، فيعارضه أن رعاية جانبها أيضاً مهم ، ودفع الضرر عنه واجب . . . فقد تقابل الضرران . . . فليس تصفو هذه المصلحة عن معارض المرجم السابق ١ : ٣١٨ فهو يسلم بأصل اعتبار المصلحة الخاصة ولكنه يرى أن المصلحة الخاصة بزوجة المفقود معارضة بمصلحة أخرى ، فتساقطت المصلحتان ، وبقي أصل العمل بالنص القاضى ببقاء الزواج حتى تقوم البيئة على موت الزوج الذي ينتهى به الزواج . وفرق بين القول بحجية دليل ، وبين القول بأن هذا الدليل إذا عارضه دليل آخر ، ولم يمكن الترجيح بينهما تساقط الدليلان .

وبالنسبة لمن تباعد حيضها مدة تتضرر فيها من عدم الزواج يقول الغزالي : « لا يبعد عندي لو اكتفى بأقصى مدة الحمل ، وهو أربع سنين ، لكن لما أوجبت العدة مم تعليق الطلاق على يقين البراءة غلب التعبد » المستصفي ١ — ٣١٠ فأنت تراه يقرر أنه ليس بعيداً القول بالمصلحة الجزئية الخاصة بمن تباعد حيضها ، والحكم بانقضاء عدها بأقصى مدة الحمل ، « وإن أوجب الله التربص بالأقراء ، إلا على اللائي يشن من الحيض ، وليست هذه من الآيات » ؛ إلا أنه قد منعه من القول بهذه المصلحة أن العدة يقاب فيها التعبد فضيق نطاق أعمال المصالح فيها .

٥ — فيما يتعلق بشرط القطعية :

لم يتعرض الغزالي لاشتراط القطعية في المصلحة المرسله في كتابيه المنحول وشفاء الغليل لا تصريحاً ولا إشارة ، وفي كتاب المستصفي قال بعد مثال الترس إن قتل الترس مصلحة انقذ اعتبارها باعتبار أو صاف ثلاثة : السكينة والضرورة والقطعية .

غير أنه عاد ففسر المقصود بالقطع فقال في مثال قتل الترس : ونحن إنما نجوز ذلك عند القطع أو ظن قريب من القطع ، والظن القريب من القطع إذا صار كلياً وعظم الخطر فيه ، فتحتقر الأشخاص الجزئية بالنسبة إليه .

وقال في قتل الساعي في الأرض بالفساد^(١) ، فإن قيل في توقفنا عن الساعي في الأرض بالفساد ضرراً كلياً بتعريض أهوال المسلمين ودمائهم للهلاك ، وغلب ذلك على الظن بما عرف من طبيعته وعادته المجرية طول عمره . قلنا لا يبعد أن يؤدي اجتهاد مجتهد إلى قتله إذا كان ذلك ،

وإذن فقد فسر الغزالي المقصود من القطع بأنه الظن الغالب أو القريب من القطع ، وليس القطع بالمعنى المتبادر منه . وما يؤكد ذلك أنه رضى الله عنه أخذ ببعض المصالح الظنية^(٢) .

(١) المستصفي ج ١ ص ٣٠١ .

(٢) فقد قرر أنه إذا خلا بيت المال ، بحيث لم يكن فيه ما يكفى رواتب الجند ، وخيف دخول الكفار بلاد الإسلام ، أو خيف ثوران الفتنة الداخلية ، فإنه « يجوز للامام أن يوظف على الأغنياء مقدار كفاية الجند ، لأننا نعلم أنه إذا تعارض شران أو ضرران قصد الشرع دفع أشد الضررين وأعظم الشرين ؟ المستصفي ج ١ ص ٣٠٧ . فهو لا يشترط القطع بثوران الفتنة ، ولا دخول الكفار بلاد الإسلام ، بل يأخذ بالمصلحة لمجرد الخوف من ذلك ، ويفرق بين هذه المصلحة ، والمصلحة في قتل الترس حيث اشترط القطع هناك ، واكتفى بالظن هنا ، بأن « هذا تصرف في الأموال ، والأموال مبدلة ، يجوز ابتذالها في الأغراض التي هي أهم منها ، وإنما المحذور سفك دم معصوم من غير ذنب سافك » ، المستصفي ج ١ =

والخلاصة أن الشرط الأساسي في العمل بالمصلحة المرسله أن تكون ملائمة لجنس تصرفات الشرع، بأن تكون داخله تحت جنس اعتبره الشارع في الجملة بغير دليل معين، أو كما يعبر الغزالي، أن تكون راجعة إلى حفظ مقصود علم كونه مقصوداً بالكتاب والسنة والإجماع.

== ص ٣٠٥ . وهو بذلك يشير إلى أن اشتراط القطع في مسألة الترس؛ ليس اشتراطاً له في أصل القول بالمصالح وإنما اشتراط له في مسألة الترس بالذات، لأن المصلحة الجزئية المهددة فيها مصاحبة تتعلق بالدماء والدماء يحتاج فيها ما لا يحتاج في غيرها . كما قرر أن المصلحة توجب عقوبة الحبس على الساعي في الأرض بالفساد؛ بالدعوة إلى البدعة، وإغراء الظلمة بأموال الناس وحرمانهم؛ وسفك دمائهم؛ مع أننا لا نقطع بحصول الفسدة؛ لأنه لم يقتضهم جريمة معينة توجب عقوبة الحبس، ولكن غلب على الظن حصول الفسدة منه، ولكن الغزالي يعارض في قتله بهذا، لأن القتل بتوهم المصلحة لا سبيل إليه المستصفي ج ١ ص ٣٠٠ .

في حين أنه إذا عم ضرره بأن صار ضرراً كلياً، تتعرض أموال المسلمين، ودمائهم للهلاك. وغلب ذلك على الظن بما عرف من طبيعته وعاداته المجرمة فإنه لا يبعد — في نظر الغزالي — أن يؤدي اجتهد بجهده إلى قتله. المستصفي ج ١ ص ٣٠٠ .

فأنت تراه يكتفى بالظن ولا يتطلب كلية المصلحة إذا كانت العقوبة هي الحبس. أما إذا كانت العقوبة هي القتل، فإنه يشترط للقول بالمصلحة حيثئذ الكلية. والظن الغالب — كما يشترط ذلك في قتل الترس — وبذلك يظهر واضحاً أنه لا يشترط القطعية والكلية لأصل القول بجنس المصالح. ولكنه يشترط احتياطاً في باب الدماء .

ولقد سبق القول بأن الغزالي لا يرد القول بالمصلحة التي توجب فسخ تكاح زوجة المفقود بسبب أن المصلحة لا يتوافر فيها شرط القطعية، الكلية، الضرورية. بل لأن هذه المصلحة تعارضها مصاحبة الزوج بحيث لا يمكن الترجيح بين المصاحبتين. كما أن الذي منعه عن القول بانقضاء عدة من تباعدت حيضتها. ليس هو أن المصلحة فيها جزئية، ظنية، حاجية، كما هو الواقع فيها. ولكن لأن العدة يغلب فيها جانب التعميد فلم يصح القول بالمصلحة فيها.

والغزالي نفسه يصرح أن الظن القريب من القطع يقوم مقام القطع حتى في المصالح التي تتعلق بالدماء. فهو يقول: ونحن إنما نجوز ذلك عند القطع أو ظن قريب من القطع. المستصفي ج ١ ص ٣٠٠: ويكتفى في الساعي في الأرض بالفساد أن يغلب على الظن ضرره، وبذلك لا يكون الغزالي قد اشترط القطع في أصل القول بالمصلحة وإنما ذكر عند تعارض المصالح، بل لأنك لا تكاد تجد مثلاً واحداً من الأمثلة التي ذكرها للمصلحة قد توافرت فيه القطعية بالمعنى المتبادر.

وهذه الملاءمة ، والرجوع إلى المقصود الشرعى يعرف من تصرفات الشارع ، ويعتمد على عدة عناصر منها قوة المصلحة فى ذاتها ، ومنها مقدار شمول المصلحة ، ومنها درجة تحققها . ومقدار خطورة المصلحة المفوتة فى مقابلة المصلحة المطلوب تحصيلها .

فى مثال الترس نجد أن المصلحة المفوتة مصلحة ضرورية تتعلق بالدماء ، وهى مصلحة خاصة ، وتحقيق فوائدها ، فى حين أن المصلحة المطلوب حمايتها مصلحة ضرورية تتعلق بالنفس ، فىجب أن تكون هذه المصلحة كلية حتى تقدم على المصلحة الجزئية المقابلة لها ، وإذا كنا أمام تفويت مصلحة الترس فى الحياة قطعاً فىجب أن نكون على يقين أو ظن غالب أن المصلحة العامة سوف تتحقق بذلك التفويت .

وفى حالة ما إذا عم الحرام الأرض ، نجد أن الغزالى يكتفى بالمصلحة الحاجبة مادامت الحاجة فيها عامة ، فهنا لم يشترط الضرورة مع العموم ، بل تكفى الحاجة العامة وتنزل منزلة الضرورة .

وفى قتل الساعى فى الأرض بالفساد يكتفى الظن الغالب بوقوع الفساد من فعله ، مادام ذلك الفساد خطيراً وعمماً .

على أنه من المسلم أن الضرورة وحدها كافية فى أكل مال الغير ، مع أن المصلحة خاصة بشخص واحد ، وذلك لأن المال محترق بالإضافة إلى النفس ، فكانت الفتوى بجواز أكل مال الغير فتوى مصلحة ملائمة لمقصد شرعى ،

فى حين أن شخصاً لو أكره على أكل آخر لم يحز وإن كانت المصلحة ضرورية ، حتى ولو كانت قطعية أيضاً ، وذلك لأن المصلحة المفوتة مصلحة متكافئة فهى مصلحة ضرورية تتعلق بالدماء .

وعلى هذا فإنه يمكننا أن نخرج من هذا إلى أن الغزالي لا يشترط في كل مصلحة أن تكون ضرورية ، قطعية ، بمعنى عدم إمكان التخلف ، كلية ، بمعنى عدم تعلقها بعدد محصور ، وإنما يشترط فيها الملاءمة لجنس تصرفات الشرع ، وقد وجدنا أن هذه الملاءمة لا تتحقق إلا في المصالح التي توافرها الظن الغالب ، والضرورة أو الحاجة العامة .

٦ — من حيث علاقة المصلحة بالنص :

أكد الغزالي في كتبه الثلاثة أن المصلحة المرسله لا تناقض النص ، فإذا ناقضته كانت مصلحة ملغاة لا يجوز الاستمسك بها ، ولا تشريع حكم بناء عليها ، وإليك بعض عبارات الغزالي في هذا الخصوص .

١ — يقول الغزالي في شفاء الغليل بعد تقسيم المصلحة من حيث العموم والخصوص : « وكل ذلك حجة بشرط ألا يكون بديعاً غريباً ، وبشرط ألا يصادم نصاً ، ولا يتعرض له بالتغيير » (١) .

٢ — ويقول فيه عند تقسيم المصلحة من حيث الملاءمة وعدمها : « وهي (المصلحة) تنقسم إلى ما يلغى في الشرع ملاحظة جنسها ، فهو المعتبر ، وإلى ما يصادم في محل نصاً للشرع فيتضمن اتباعه تغيير الشرع ، فهو باطل عندنا ، وإلى ما سكنت شواهد الشرع عنه ونصوصه ، فلا يناقضه نص ولا يشهد لجنسه شرع فهو المصلحة الغريبة التي يتضمن اتباعها إحداث أمر بديع لا عهد لمثله في الشرع » (٢) .

٣ — ويقول فيه بعد القول بإعطاء الشارب حد القاذف « فإن قيل قد شرطتم في المصلحة المرسله ألا تتضمن تغيير النص ، ولقد كان حد الشرب

(١) شفاء الغليل ١٨٤ .

(٢) المرجع السابق ١٨٢ .

في الشرع أربعين ، فزادوا عليه بالمصلحة ، وكان ذلك تغييراً للنص ، قلنا : ليس الأمر كذلك ، فلم يحد للشرب مقدار في الشرع ، (١) .

٤ - ويقول فيه : إن الحكم على الأمير بالصوم دون العتق ، حكم على مخالفة النص بموجب الاستصلاح ، وهو باطل قطعاً ، وهذا ما عنيناه بقولنا إن اتباع المصلحة على مناقضة النص باطل ، (٢) .

٥ - ويقول في المستصفي في شأن هذه الفتوى ، فهذا قول باطل ومخالف لنص القرآن بالمصلحة ، (٣) .

٦ - ويقول عند تعليقه لرفض قتل الدعي لبدعة لا تكفر بالمصلحة : الحدود مقادير مقدرة من جهة الشرع ، فالزيادة عليها تحريف للنصوص فلا جواز لذلك بالمصلحة ، (٤) .

٧ - ويقول في المنخول ، نحن مع المصالح بشرط ألا تهجم على نص الرسول بالرفع ، (٥) .

٨ - ويقول في المنخول (٦) : « الاستدلال الصحيح ، كل معنى مناسب للحكم ، مطرد في أحكام الشرع ، لا يرده ، أصل مقطوع به مقدم عليه من كتاب أو سنة أو إجماع فهو مقول به ، وإن لم يشهد له أصل معين » .

٩ - ويقول في شفاء الغليل (٧) : وهو يتحدث عن شروط العلة :

(١) المرجع السابق ١٨٩ .

(٢) شفاء الغليل ١٩١ .

(٣) المستصفي .

(٤) شفاء الغليل ١٩٧ .

(٥) المنخول ورقة ٧٨ .

(٦) المرجع السابق ورقة ٨١ .

(٧) شفاء الغليل ٥٩٦ .

• الشرط السابع ألا يتغير النص الذي منه الاستنباط بالتعليل ، بل يبقى على ما كان عليه قبل التعليل وهذا بين فيما اللفظ نص فيه ، أما إذا كان اللفظ عاماً أو ظاهراً لم يبعد أن يتغير بالتعليل ظهوره وعمومه ، فيستطرق إليه تخصيص وتأويل .

فالذى يؤخذ من هذه النصوص أن الغزالي رضى الله عنه لا يعمل بمصلحة في مقابلة نص شرعى ، كتاباً كان أو سنة ، إذا كان هذا النص لا يحتمل التأويل ، لأن العمل بالمصلحة في مقابلة هذا النص « يغير النص » أو « يصدى النص » ، أو « يرفع حكم النص » ، أو « يناقض النص » ، أو « يخالف النص » ، أو « يحرف النص » ، وقد قرر الغزالي أن المصلحة التى هذا شأنها مصلحة ملغاة .

أما النص الذى يحتمل ، وهو المرادف للظاهر فى عرف الشافعية (١) ، وظاهر عبارات الغزالي أن المصلحة تصلح بياناً للمراد منه وترجيح أحد معانيه المحتملة ، أو كما يقول الغزالي تصلح لتخصيصه . إذ العام عند الجمهور والغزالي منهم ، من قبيل الظاهر المحتمل (٢) وتخصيصه بيان للبراد به عندهم (٣) .

١ — فهو يقول فى المصلحة القاضية بقتل الزنديق المتستر : « فهذا

(١) راجع فى إطلاقات النص معنى الظاهر عند الشافعية المستصفى ١ : ٣٨٥ .

(٢) راجع فى بيان أن العام من قبيل الظاهر ، وأن دلالاته العموم ظنية عند الجمهور المراجع الآتية : نهاية السؤل ٤ : ٤٦٣ ، إرشاد الفحول ١٦٣ ، ١٥٨ ، ١٥٩ ، شرح التلويح على التوضيح ١ : ٣٩ .

(٣) راجع فى بيان أن التخصيص بيان المراد من العام وليس نسخاً له عند الجمهور . المستصفى ١ : ٣٧٣ .

لو قضينا به فخاله استعمال مصلحة في تخصيص عموم ، وذلك لا ينكره أحد ، (١) .

٢ - ويقول في قتل الترس المسلم (٢) : « إننا نخصص العموم بصورة ليس فيها خطر كلي » وقصده من العموم قوله تعالى « ولا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق » .

٣ - ويقول في نساء الكفار وذرايرهم : « لا خلاف في أنهم لو تترسوا بنسائهم وذرايرهم قاتلناهم ، وإن كان التحريم عاماً ، ولكن نخصصه بغير هذه الصورة (٣) » .

٤ - ويقول معللاً لرد المصلحة للقاضية بانقضاء عدة من تباعدت حيضتها بأقصى مدة الحمل (٤) : « إن هذا القدر النادر لا يسلمنا على تخصيص النص » .

ولكن هل يؤخذ من ظاهر هذه العبارات أن هناك شيئاً خارجاً عن النصوص الشرعية يسمى مصلحة تخصص النص ؟

الواقع خلاف ذلك ، وأن إطلاق الغزالي على الترجيح بين المقاصد الشرعية المتعارضة عبارة التخصيص من قبيل التجوز وذلك للأسباب الآتية :

أولاً : أن المصلحة المرسلة عند الغزالي ليست أصلاً مستقلة عن النصوص الشرعية ، لأن الغزالي يرد المصلحة إلى المحافظة على مقاصد الشارع ، ثم يقرر أن هذه المقاصد إنما تعرف بالكتاب والسنة والإجماع ،

(١) المستصفى ١ ص ٢٩٩ .

(٢) المستصفى ١ ص ٣٠٢ .

(٣) المرجع السابق ٣٠٣ .

(٤) المرجع السابق ٣٠٩ .

ويؤكد أن كل مصلحة لا ترجع إلى هذه الأصول فهي مصلحة غريبة مطرحة ترادف الاستحسان والتشريع بالهوى والتشهي . وبذلك يكون المخصص للنص الجزئي هو تلك النصوص الشاهدة لجنس المصلحة ، أو المقصود الشرعي بالاعتبار .

ثانياً : أن المصلحة المرسله عند الغزالي مصلحة معتبرة تدخل في باب القياس عند غيره ، وإنما خصها الغزالي بإسم المصلحة المرسله لأنه يعنى بالقياس تعدية حكم بعينه من محل النص إلى غير محل النص بعله هي الموجبة في محل النص ، وإذا كان القياس يصلح مخصصاً للنص عند الجمهور والغزالي منهم ، ثبت ما قلناه من أن المخصص للنص في الحقيقة ليس هو المصلحة المجردة ، بل إن الغزالي نفسه يسمى هذا النوع من الاستدلال قياساً مرة ، وبصرح بانه كان القياس فيه مرة أخرى .

فهو يقول في المنحول : « الباب الرابع في الاستدلال المرسل وقياس المعنى ، (١) فجعل المصلحة المرسله من باب القياس وسماه قياس المعنى ، مفرقاً بينه وبين المصلحة التي شهد النص لعينها وهو النوع الآخر من القياس .

ويقول في شفاء الغليل « فإن قيل ما ذكرتموه من أمثلة الشرع في إقامة المظنة مقام الشيء أصول لهذا القياس فيرجع النظر إلى رد فرع إلى أصل بمعنى مناسب جامع وليس ذلك استدلالاً مرسلًا . قلنا كل مصلحة ملائمة يتصور إيرادها في قالب قياس بجمع متكلف يعتمد التسوية في مصلحة عامة لا يتعرض لعين الحكم ، فإن أراد السائل بما ذكره من رد الفرع إلى الأصل لمعنى مناسب هذا القدر فهو الذي تزيده بالاستدلال المرسل . . . وإنما نعنى بالقياس تعدية حكم بعينه من محل النص إلى غير محل النص بعله هي الموجبة في محل النص ، (٢) .

(١) المنحول ورقة ٧٧ .

(٢) شفاء الغليل ١٩٠ .

فهو يتفق مع غيره في حجية المصلحة التي شهدت النصوص لجنسها ،
ويخالف في التسمية فقط ، فهو يفضل تسمية هذا النوع قياس معنى ،
أو مصلحة مرسله حتى يتميز عن القياس بالمعنى الذي اختاره ، وهو تعدية
حكم بعينه من محل النص إلى غير محل النص لعلته هي الموجبة في محل النص ،
فإذا كان جمهور الأصوليين يدخلون هذا في باب القياس ، ويرون أن القياس
يصلح مخصصاً للنص ، فلاضير على الغزالي أن يصرح بتخصيص النص
بالمصلحة بهذا المعنى . مادامت المصلحة بهذا المعنى هي قياس في نظر الجمهور ،
بل إنه نفسه يسميه قياس معنى مرة ، ومصلحة مرسله مرة أخرى .

ثالثاً : بل إن الغزالي يرى أن القياس نفسه ليس خارجاً عن النصوص
فهو يصرح بأن القياس اقتباس للحكم من معقول النص والإجماع ، وحيث
إن الاستدلال المرسل عنده نوع من القياس فهو إذن اقتباس للحكم من
معقول النص ، وإذا خصص النص ، فإنما يخصص النص بالنص وليس
بالمصلحة المجردة .

الباب الثالث

نظرية المصلحة في الفقه الحنبلي

تمهيد وتقسيم :

لقد كان فقه الإمام أحمد رضى الله عنه - بحق - فقه المصالح ، صرخ بذلك كتاب الأصول ، وأكثر شيوخ الحنابلة ، والمخرجون في هذا المذهب العظيم ، وهو الذى تدل عليه الفروع التى رويت عن أحمد ، والفتاوى التى نسبت إليه ، بل إن بعض كتاب الأصول يؤكد أنه إذا كان للمالك ترجيح على غيره من الفقهاء فى الأخذ بالمصالح فى التفريع واستنباط الأحكام ، فإن أحمد ابن حنبل يلى ماله فى هذا الخصوص .

ولقد رأيت أن أدرس نظرية المصلحة فى الفقه الحنبلي فى فصلين :

الفصل الأول : وفيه أعرض لدراسة المصلحة فى فقه أحمد والمعتدلين من أتباعه ، الذين يمثلون فقهه وينهجون نهجه .

الفصل الثانى : وأخصصه لدراسة المصلحة عند الطوفى الحنبلي ، صاحب

نظرية وجوب تقديم رعاية المصلحة على النص والإجماع وذلك لأن هذا الفقيه لا يمثل فقه أحمد ، ولا ينهج نهج المعتدلين من أتباعه . بل إن نظريته فى المصلحة تعد نظرية غريبة عن الفقه الإسلامى ، بعيدة عن روحه ومضمونه .

الفصل الأول

نظرية المصلحة في فقه أحمد

ولقد قسمت هذا الفصل إلى مبحثين : جعلت المبحث الأول في المصلحة المرسلة ، والمبحث الثاني في سد الذرائع ومنع التحيل .

المبحث الأول

المصلحة المرسلة في فقه أحمد

وسوف أعرض المصلحة المرسلة في فقه أحمد رضى الله عنه في فرعين :

الفرع الأول : ونخصه لإثبات أن أحمد بن حنبل يحتج بالمصالح المرسلة الملائمة لجنس تصرفات الشرع والداخلية تحت أصل شرعى شهدت له النصوص في الجملة .

الفرع الثانى : وفيه أعرض بعض الفروع التى رويت عن أحمد ، أو أقر بها بعض شيوخ الحنابلة تخريجاً على مذهبه ، والتى كان سند القول بها هو المصلحة المرسلة . وذلك بقصد تأكيد صحة نسبة القول بالمصالح إلى أحمد رضى الله عنه ، من ناحية ، وليبيان طريقة الاستدلال المرسل فى المذهب الحنبلى من ناحية أخرى .

الفرع الأول

إثبات اعتماد أحمد بن حنبل على المصالح المرسلة
في الاستنباط

لقد صرح بعض كتاب الأصول بأن الإمام أحمد رضى الله عنه يعتمد على المصالح المرسلة ، كأصل من أصول الاستنباط ، كما رأينا شيوخ الحنابلة الذين تصدوا لدراسة فقه أحمد ، والتخريج على فتاواه يستعملون عبارة المصلحة كثيراً ، وذلك عند إبداء سند الفتاوى في الوقائع التي ليس فيها نص حكم ، ولا يمكن أخذ حكمها بطريق القياس على الأصل المعين ، الذي يشترك مع النازلة الجديدة في عين الحكم ، ونفس علته . وأخيراً فإن هناك بعض الفتاوى المنسوبة إلى أحمد أو أحد من أتباعه ، لا يجد الباحث لها سنداً في النص المعين ، الذي يؤخذ حكم الواقعة من لفظه ، أو من معقوله بطريق القياس ، ولكنها فتاوى تحقق مصالح جزئية في بعض النوازل التي لا نص فيها ، هذه المصالح الجزئية مصالح ملائمة لجلس تصرفات الشرع ، وداخلة تحت أصل كل دلت عليه نصوصه في الجملة .

وهذا يقطع في مجموعه بأن الإمام أحمد رضى الله عنه اعتمد على أصل المصالح الملائمة في التشريع .

ولكننا في نفس الوقت نجد بعض شيوخ الحنابلة الذين تصدوا ببيان أصول الفتوى والاستنباط عند أحمد رضى الله عنه ، يذكرون هذه الأصول ولا يجعلون المصلحة المرسلة واحداً منها . بل إن بعض هؤلاء الشيوخ يصرح بعدم جواز الاعتماد على المصالح المرسلة في الاستنباط ، رامية القائل بهذا النوع من المصالح بأنه يشرع من الدين ما لم يأذن به الله^(١) .

(١) مجموعة الرسائل والمسائل لابن تيمية ٥ : ٢٢ .

وهذا يدل بظاهره على أن الامام أحمد لا يأخذ بالمصالح المرسلة ولا يعتمد عليها في الاستنباط ، وذلك يخالف ما سبق أن قررناه .

والواقع أنه لا تخالف ولا تعارض بعون الله تعالى ، ذلك أن المصالح التي يحتاج بها أحمد وأتباعه مصالح ملائمة لجنس تصرفات الشارع ، وليست مصالح غريبة لم يلتفت الشارع إلى جنسها ، ولم يورد الفروع على وفقها . ولقد سبق أن بينا أن المصالح الملائمة مصالح شهدت لها النصوص في الجملة ، فهي مصالح لا تعدم الأصول الشرعية التي تشهد لجنسها ، وإن فقدت الأصل الذي يشهد لعينها .

فأتباع أحمد الذين حصروا أصول الاستدلال عنده في النصوص وفتاوى الصحابة ، والآثار المرسلة والضعيفة ، والقياس على واحد منها يقصدون القياس بمعناه الواسع الذي يشمل المصالح التي شهدت الأصول لجنسها بالاعتبار ، ولذلك لم يذكروا المصالح المرسلة بين أصول أحمد في الاجتهاد ، لأنها نوع من أنواع القياس على الأصول ، أو هي قياس القواعد أو المصالح كما سبق بيانه قبل .

وأما من صرح برفض المصالح المرسلة من الحنابلة ، فالمصالح الغريبة التي لا تشهد النصوص الشرعية لجنسها بالاعتبار عني ، فإن القول بهذا النوع من المصالح تشريع بالرأى من القائل به فلا يقبل . ولقد رأينا أن الاتفاق قائم بين العلماء على رد المصالح الغريبة التي لا تلائم تصرفات الشرع . وأن الشافعي يسمى هذه المصالح استحساناً بالرأى ، والغزالي يصرح بأن الصحيح أن الاستدلال المرسل غير واقع في الشرع لأنه ما من مصلحة تتخيل إلا والشرع حاكم عليها بالقبول أو الرفض ، مع أخذ الغزالي بالمصالح المرسلة ، لأنه يقصد بالأولى المصالح الغريبة ، وبالتالي الملائمة .

وابن عبد السلام الذى يضع كتاباً فى المصالح ، ويضرب للمصالح الملازمة مئات الأمثلة ، يصرح بأنه لا يجوز لأحد أن يتبع المصالح المرسله^(١) ، وذلك لأنه يعنى بالمصالح المرسله المصالح الغريبة التى لا يشهد الشرع لنفسها بالاعتبار .

هذه نظرة إجمالية وإليك تفصيل القول فى ذلك مرتباً على مطلبين :

المطلب الأول

إثبات أخذ أحمد بالمصالح المرسله

نقدم على دعوى أخذ أحمد بالمصالح المرسله أدلة ثلاثة: الدليل الأول .- تصريح بعض كتاب الأصول بأن أحمد يرى جواز الاحتجاج بالمصالح المرسله ، الدليل الثانى : مأخوذة من عبارات شيوخ الحنابلة أنفسهم ، الدليل الثالث : بعض الفروع المروية عن أحمد وبعض أتباعه ، والى يظهر أن أصل الفتوى فيها لم يكن إلا المصلحة المرسله أو قياس الأصول أو المصالح أو المعانى أو القواعد كما يعبر عنه .

الدليل الأول : تصريح بعض كتاب الأصول باعتماد أحمد على المصالح المرسله فى الاجتهاد واستنباط الأحكام .

نعرض فى هذا الخصوص رأى ابن دقيق العيد ، كما نقله الشوكانى فى إرشاد الفحول ، ثم عبارة القرافى المالكي فى شرح التنقيح ، وأخيراً رأى الكتاب المحدثين :

أولاً — رأى ابن دقيق العيد

يقول ابن دقيق العيد فى المصلحة المرسله : « الذى لا شك فيه أن لما لك

ترجيحاً على غيره من الفقهاء في هذا النوع ، ويليه أحمد بن حنبل ، ولا يكاد يخلو غيرهما من اعتباره في الجملة ، ولكن لذين ترجيح في الاستعمال لها على غيرهما ، (١) .

فأحمد بن حنبل — كما يرى هذا الفقيه — ليس فقط ممن يقول بالمصالح المرسلة ، ولكنه أكثر من القول بها . وكان دوره بعد مالك في كثرة الأخذ بهذا الأصل في الفتوى ، والالتفات إليه في التشريع .

ثانياً — رأى القرافي المالكى

يقول القرافي المالكى في شرح تنقيح الفصول (٢) : وأما المصلحة المرسلة فالمنقول أنها خاصة بنا ، وإذا تفقدت المذاهب ، وجدتهم إذا قاموا ، أو جمعوا ، أو فرقوا بين المسألتين ، لا يطلبون شاهداً بالاعتبار لذلك المعنى الذى به جمعوا ، أو فرقوا ، بل يكتفون بمطلق المناسبة ، وهذا هو المصلحة المرسلة ، فهمي حينئذ في جميع المذاهب .

فالقرافى وإن لم يخص الإمام أحمد بالذكر ، إلا أن تصريحه بأن جميع المذاهب تحتج بالمصالح المرسلة يدل على أنه يأخذ بها في فتاويه .

فهذان الفقهاء ينسبان القول بالمصالح المرسلة إلى الإمام أحمد رضى الله عنه ، وأولها يصرح بأن الإمام أحمد قد أكثر من التفريع على هذا الأصل ، حتى جاء في الترتيب بعد مالك الذى اشتهر عنه كثرة القول بالمصالح .

ثالثاً — الكتاب المحدثون

تكاد تتفق كلمة كتاب الأصول المحدثين على أن الإمام أحمد بن حنبل

(١) نقله الشوكاتى في إرشاد الفحول ٢٤٢ .

(٢) شرح تنقيح الفصول ١٧١ ، ١٩٩ .

رضى الله عنه ممن يأخذ عنه ممن يأخذ بالمصالح المرسلة كطريق من طرق الاستدلال الشرعية . ويذكرون كدليل على دعواهم بعض الفروع التي رويت عن أحمد أو بعض أصحابه ، وكان اعتماد الفتوى فيها على المصالح المرسلة . وفي هذا يقول أستاذنا الجليل فضيلة الشيخ أبو زهرة في كتابه : ابن حنبل^(١) ، نقلنا لك الأصول التي ذكر ابن القيم أنها أصول الاستنباط عند أحمد . ولم يذكر المصالح منها . وليس عدم ذكرها دليلاً على عدم اعتبارها ، بل إن فقهاء الحنابلة يعتبرون المصالح أصلاً من أصول الاستنباط ، وينسبون ذلك الأصل إلى أئمتهم جميعاً . . . ولكنه لم يذكره عند ذكر أصوله ، لأنه يرى أنه داخل في باب القياس الصحيح^(٢) .

الدليل الثاني : تصريح شيوخ الحنابلة باعتبار المصالح :
وفي هذا الخصوص أنقل لك عبارات ابن تيمية ، وابن القيم ، في اعتبار المصالح أصلاً من أصول الاستنباط في الفقه الحنبلي .

أولاً — عبارة ابن تيمية

« إذا أشكل على الناظر أو السالك حكم شيء هل هو على الإباحة ، أو التحريم — فليُنظر إلى مفسدته ، وثمرته وغايته ، فإن كان مشتملاً على مفسدة راجحة ظاهرة فإنه يستحيل على الشارع الأمر به أو إباحته ، بل يقطع أن الشرع يحرمه ، لاسيما إذا كان مفضياً إلى ما يبغضه الله ورسوله^(٣) .

(١) ابن حنبل لفظة الشيخ أبو زهرة ٢٩٧ .

(٢) أنظر في ذلك أيضاً رسالة تعليل الأحكام ٣٧٧ ، المصلحة في التشريع الإسلامي ٥٦ ، ضوابط المصلحة ٢٧١ .

(٣) أنظر المنار المجلد التاسع ٧٦٩ ، فقد نقل الشيخ جمال الدين القاسمي هذه العبارة عن ابن تيمية ، وهو يعلق على شرح الطوفي لحديث لا ضرر ولا ضرار .

ويقول^(١) : « ومن استقرأ الشريعة في مواردها ومصادرها وجدها
مبنية على قوله : « فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه » ، « فمن اضطر
في مخمصة غير متجانف لإثم فإن الله غفور رحيم » ، فكل ما احتاج الناس
إليه في معاشهم ، ولم يكن سلبه معصية ، هي ترك واجب ، أو فعل محرم —
لم يحرم عليهم ، لأنهم في معنى المضطر الذي ليس بباغ ولا عاد . »

ثانياً — عبارة ابن القيم

ويقول ابن القيم الحنبلي : « وتعلق العقود والفسوخ والتبرعات
والالتزامات وغيرها بالشروط — أمر قد تدعو إليه الضرورة ، أو الحاجة
أو المصلحة ، فلا يستغنى عنه المكلف »^(٢) .

ويقول في بيان جواز انتفاع المرتهن بالرهن في مقابل نفقته^(٣) :
« وهذا محض القياس ، لولم تأت به السنة الصحيحة وهو يخرج على
أصلين . . . الأصل الثاني : أن ذلك معاوضة في غيبة أحد المعاوضين
للحاجة ، والمصلحة الراجحة ، وذلك أولى من الأخذ بالشفعة بغير رضى
المشتري ، لأن الضرر في ترك تلك المعاوضة أعظم من الضرر في ترك
الأخذ بالمنفعة . »

فالذى يؤخذ من هذه النصوص أن شيوخ الحنابلة يأخذون بالمصالح
الضرورية والحاجية ، وإن ما احتاج الناس إليه كافة في معاشهم ينزل منزلة
الضرورة في حق الأفراد ، وأنهم يعللون بالمصالح الملازمة وإن لم يوجد
نص معين يشهد لعينها بالاعتبار .

(١) فتاوى ابن تيمية ج ٣ ص ٢٩٤ .

(٢) أعلام الموقع ج ٣ ص ٢٨٨ .

(٣) المرجع السابق ج ٢ ص ٢٩٣ .

الربيل الثالث : فتاوى أحمد التى اعتمد فيها على المصلحة :

نسب شيوخ المالكية إلى أحمد كثيراً من الفتاوى التى اعتمد فيها على المصلحة التى لا يشهد لها الأصل المعين ، والتى تلائم تصرفات الشرع وتشهد لها نصوصه فى الجملة . ومن هذه الفتاوى فتواه رضى الله عنه بنفى أهل الفساد والدعارة إلى بلد يؤمن فيه من شرهم ، ومنها تغليظ العقوبة على شارب الخمر فى نهار رمضان ، وعلى من يطعن فى الصحابة رضى الله عنهم مع عدم جواز عفو السلطان عن ذلك (١) . كما نسبوا مثل هذه الفتاوى إلى بعض أصحاب أحمد .

وقد خصصنا فرعاً مستقلاً لعرض هذه الفتاوى ، وبيان رجوعها إلى المصلحة الملائمة التى اعتبرتها نصوص الشريعة فى الجملة ، فلا داعى للإطالة فى عرض هذه الفتاوى فى هذا الفرع .

المطلب الثانى

رد شبهتين

رأينا أن كتاب الأصول ، وشيوخ الحنابلة ينسبون إلى أحمد القول بالمصالح المرسلة ، كما عرضنا بعض الفروع التى كان سند فتوى أحمد فيها هو المصلحة المرسلة . ونريد الآن أن نوفق بين هذه الحقيقة وبين إغفال ذكر المصالح المرسلة بين أصول أحمد فى الاستنباط ، كما ذكرها أتباعه ، والمخرجون على مذهبه . بل وتصريح بعضهم برد المصالح المرسلة واعتبار القول بها تشريعاً بالرأى المجرد .

أولاً : إغفال المصالح المرسلة كأصل من أصول الفتوى ، عند أحمد :

ذكر ابن القيم أصول الفتاوى عند أحمد فقال :^(١) ، وكانت فتاويه مبنية على خمسة أصول :

أحدها : النصوص ، فإذا وجد النص أفتى بموجبه ، ولم يلتفت إلى ما خالفه ، ولا من خالفه كائناً من كان .

الأصل الثاني من أصول فتاوى أحمد : ما أفتى به الصحابة ، فإنه إذا وجد لبعضهم فتوى ، لا يعرف له مخالفاً منهم فيها لم يعدها إلى غيرها ، ولم يقل إن ذلك لإجماع ، بل من ورعه في العبارة يقول : لا أعلم شيئاً يدفعه ، أو نحو هذا .

الأصل الثالث من أصوله : إذا اختلف الصحابة تخير من أقوالهم ما كان أقربها إلى الكتاب والسنة ، ولم يخرج عن أقوالهم ، فإذا لم يتبين له موافقة أحد الأقوال حكى الخلاف فيها ، ولم يحزم بقول .

الأصل الرابع : الأخذ بالمرسل والحديث الضعيف ، إذا لم يكن في الباب شيء يدفعه ، وهو الذي رجحه على القياس ، وليس المراد بالضعيف عنده ، الباطل ولا المنكر ولا ما في روايته منهم بحيث لا يسوغ الذهاب إليه فاعمل به ، بل الحديث الضعيف عنده ، قسم الصحيح وقسم من أقسام الحسن .

فإذا لم يكن عند الإمام أحمد في المسألة نص ، ولا قول الصحابة أو واحد منهم ، ولا أثر مرسل أو ضعيف عدل إلى الأصل الخامس — وهو القياس — فاستعمله للضرورة .

فأنت ترى من هذا النص أن ابن القيم لم يذكر المصالح المرسلة بين الأصول التي يعتمد عليها الإمام أحمد في الاجتهاد . فهل يعني هذا أن الإمام أحمد يرد المصالح المرسلة ، ولا يراها حجة في التشريع ؟

والجواب على ذلك بالنفي ، ذلك أن القول بالمصالح المرسلة قد اشتهر عنه وصرح به كتاب الأصول وبعض أتباعه كما سبق ، وهو الذي لا يمكن بدونه تبرير بعض الفتاوى التي رويت عنه ، ولا سند لها من النص بحيث تؤخذ الفتوى من لفظه أو من معقوله بطريق القياس ، بمعناه الضيق .

والسبب في أن ابن القيم لم يذكر المصالح المرسلة ضمن أصول الفتوى عند أحمد يرجع إلى أن ابن القيم يرى أن المصالح الملازمة تدخل في باب القياس ، وتندرج تحته ، ذلك أن الركن الجوهرى في القياس هو وجود الأصل الشرعى ، سواء كان هذا الأصل شاهداً لعين المصلحة أو لجنسها بالاعتبار .

فقد قلنا إن القياس بالمعنى الواسع يتضمن إلحاق واقعة غير منصوص على حكمها ، بواقعة أخرى منصوص على حكمها لاشتراكهما في علة الحكم ، سواء أكان هذا الاشتراك بين الواقعتين في عين تلك العلة أم في جنسها ، وسواء أكان المقصود هو نقل حكم الأصل إلى الفرع ، أم كان المراد هو نقل حكم من جنس حكم الأصل إلى الفرع .

وتفصيل ذلك : أن بعض الفقهاء يقصرون القياس على نقل حكم بعينه من الأصل إلى الفرع ، وذلك لاشتراك الأصل والفرع في عين المعنى الذى لأجله شرع حكم الأصل ، أو كما عبر عنه الغزالى الشافعى حينما قال : وإنما نعى بالقياس تعدية حكم بعينه من محل النص إلى غير محل النص ، بعلته هى الموجبة فى محل النص . وقد تبنى هذا رأى الغزالى الشافعى ووافقه على ذلك بعض كتاب الأصول الأحناف ، حيث قرروا أن الاستدلال بالمصالح التى شهدت النصوص باعتبار جنسها فى جنس الحكم ، استدلال بعلته شرعية ثابتة بالرأى ، بمنزلة النص ، أو تعليل بمصالح مبتدأة ، وليست من باب القياس ، لأنهم يقصرون المساواة المأخوذة فى تعريف القياس على المساواة فى النوع

دون الجنس فيجب عند هذا الفريق أن يساوى الفرع الأصل في نوع العلة لا في جنسها ، وأن يكون الحكم المنقول إلى الفرع هو نوع حكم الأصل وليس حكماً من جنسه .

وعلى هذا الاصطلاح تكون المصالح المرسلة غير داخلية في باب القياس ، ولذلك اضطر هذا الفريق إلى وضع هذا النوع من المصالح تحت اسم خاص هو المصالح المرسلة ، أو ملائم المرسل ، ونصوا على أنه حجة في التفريع وتشريع الأحكام . وهذا هو صنيع الغزالي رضى الله عنه ، فإنه ذكر المصالح المرسلة بجانب القياس ، وكذلك الأحناف ذكروا العلة الشرعية الثابتة بالرأى ، وقرروا أنها حجة في منزلة النص وليست داخلية في باب القياس .

وعلى عكس هذا الفريق فإن هناك فريقاً آخر على رأسهم الشافعي رضى الله عنه يجعل للقياس معنى أوسع من المعنى الذى قصره عليه الفريق الأول . وأدخلوا فيه ما يمكن أن يسمى قياس المصالح ، وفيه يوجد في النازلة المراد معرفة حكمها مصلحة مغايرة للمصلحة الموجودة في الأصل واسكنهما يدخلان تحت جنس واحد ، ويكون المراد نقل حكم من جنس حكم الأصل للفرع ، وليس حكماً من نوعه .

ومثال ذلك إعطاء الشرب حد القذف إقامة لمظنة الشيء مقام نفس الشيء ، والأصل الذى يعتمد عليه الفقيه في هذه الفتوى هو إقامة الشارع الخلوة بالأجنبية مقام الزنا في الحرمة .

فها نجد أن الفرع لم يشارك الأصل في عين العلة ، لأن في الفرع مظنة القذف ، وفي الأصل مظنة زنا ، ولكن الوصفان يدخلان تحت جنس المظنة ، وحكم الفرع مغاير لحكم الأصل ، إذ الأول الجلد ثمانين . والثانى ، هو الحرمة ، ولكن الحكمين يشملهما مطلق حكم .

وبالمثل إذا أفتى الفقيه بجواز انتفاع المرتن بركوب الدابة المرهونة وشرب لبنها من غير رضى الراهن ، على فرض عدم صحة الخبر الوارد فيه تقديماً للمصلحة الراجعة ، ثم جعل أصل هذه الفتوى نص الشفعة ، وفيها يؤخذ ملك الشخص دون رضاه تقديماً للمصلحة الراجعة . فهنا لا نجد اشتراكاً بين الفرع والأصل في عين العلة ؛ لأن الضرر في الأصل ضرر الشركة أو الجوار ، وفي الفرع ، ضرر المرتن في ترك الوثيقة أو الإنفاق على العين دون رجوع ولكن هذان الضرران يدخلان تحت جنس واحد ، والحكمان مختلفان في النوعية ولكنهما من جنس واحد . فجواز الأخذ بالشفعة ، وجواز الانتفاع باللبن والركوب حكمان يشملهما جنس واحد ، هو حكم يحقق المصلحة الراجعة ، أو يزيل الضرر الأهم (١) .

وأن المتتبع لفقه الإمام أحمد رضى الله عنه يحده يعنى بالقياس معناه الشامل لحمل الفرع على أصل يشاركه في جنس علمته ، ويراد إعطاء هذا الفرع حكماً من جنس حكم الأصل ، يناسب نوع العلة الموجود في هذا الفرع . وبعبارة أخرى . يستعمل أحمد ابن حنبل القياس بالمعنى الذى يشمل قياس المصالح أو القواعد ، والذى يجمع فيه بين الأصل والفرع مصلحة عامة ، تكون كل من المصلحة التى فى الأصل والفرع أنواعاً لها .

ولقد حملنا على القول بشمول القياس المصالح الملائمة زيادة على ماتقدم
أمران :

(١) راجع أعلام الموقعين لابن القيم حيث أجرى هذا القياس فقال ٧ : ٣٩٣ « الأصل الثانى ؛ أن ذلك (جواز الركوب والحلب بالشفعة) معاوضة فى غيبة أحد المعاوضين للحاجة والمصلحة الراجعة ، وذلك أولى من الأخذ بالشفعة بغير رضا المشتري ، لأن الضرر فى ترك هذه المعاوضة أعظم من الضرر فى ترك الأخذ بالشفعة » فأنت تراها يقيس جواز الانتفاع بالركوب والحلب من غير إذن المالك على جواز الأخذ بالشفعة من غير رضا المالك ، وليس بين الفرع والأصل اشتراك فرعين العلة ولا فى عين الحكم .

أحدهما : أن هذه نتيجة لازمة لنسبة القول بالمصالح المرسلة إلى أحمد ابن حنبل ، مع حصر أصول الفتوى عنده على النصوص ، وفتاوى الصحابة والقياس على ذلك .

وثانيهما : بعض الفتاوى التي رويت عن أحمد وبعض أصحابه ، والتي لا يمكن أن تخرج مع القول بأن المصلحة ليست أصلاً من أصول الفتوى عنه ، إلا على أنها قياس مصلحة أو قياس القواعد ، وقد سبق ذكر بعض هذه الفتاوى .

ثانياً — تصريح ابن تيمية برد المصالح المرسلة

ذكر ابن تيمية طرق الأحكام الشرعية المتفق والمختلف عليها ، فعد منها المصالح المرسلة ، وعرفها ، وذكر رأى من قال بها ، ودليله على الأخذ ، ورأى من يردّها مع دليل هذا الرد (١) ، ثم قال :

« والقول بالمصالح المرسلة يشرع من الدين ما لم يأذن به الله . وهي تشبه من بعض الوجوه مسألة الاستحسان ، والتحسين العقلي والرأى ونحو ذلك . »

(١) قال : « المصالح المرسلة . أن يرى المجتهد أن هذا الفعل يجلب منفعة راجحة ، وليس في الشرع ما ينفيه . فهذا الطريق فيها خلاف مشهور ، فالفقهاء يسمونها المصالح المرسلة ، ومنهم من يسميها الرأى ، وبعضهم يقرب إليها الاستحسان » ... ثم قال « وهذا فصل عظيم ينبغي الاهتمام به ، فإن من جهته حصل في الدين اضطراب عظيم ، وكثير من الأمراء والعلماء والعباد رأوا مصالح فاستعملوها بناء على هذا الأصل وقد يكون منها ما هو محظور في الشرع ولم يعلموه ، وربما قدم على المصالح المبدئية كلاماً بخلاف النصوص ، وكثير منهم من أهمل مصالح يجب اعتبارها شرعاً بناء على أن الشرع لم يرد بها ، فقوت واجبات ومستحبات ، أو وقع في محظورات ومكروهات ، وقد يكون الشرع ورد بذلك ولم يعلمه . وحجة الأول : أن هذه مصلحة ، والشرع لا يهمل المصالح ، بل قد دل الكتاب والسنة والإجماع على اعتبارها ، وحجة الثاني : أن هذا أمر لم يرد به الشرع نصاً ولا قياساً » مجموعة الرسائل والمسائل لابن تيمية ٥ : ٢٢ .

فالاستحسان والاستصلاح متقاربان ، والتحسين العقلي قول بأن العقل يدرك الحسن . . . والقول الجامع أن الشريعة لاتهمل مصلحة قط ، بل الله تعالى قد أكل لنا الدين ، وأتم النعمة ، ما من شيء يقرب إلى الجنة إلا وقد حدثنا به النبي صلى الله عليه وسلم ، وتركنا على البيضاء ليلها كنهارها لا يزيغ عنها بعده إلا هالك ، لكن ما اعتقده ، العقل مصلحة وأن كان الشرع لم يرد به فأحد الأمرين لازم له ، إما أن الشرع دل عليه من حيث لم يعلم هذا الناظر ، أو أنه ليس بمصلحة ، أو اعتقده مصلحة لأن المصلحة هي المنفعة الحاصلة أو الغالبة ، وكثيراً ما يتوهم الناس أن الشيء ينفع في الدين والدنيا ، ويكون فيه منفعة مرجوحة بالمضرة ، كما قال تعالى في الخمر والميسر (قل فيهما إثم كبير ومنافع للناس ، وإثمهما أكبر من نفعهما) .

وأنت ترى أن كلام ابن تيمية منصب على نوع معين من المصالح . ألا وهي المصالح التي يستقل العقل بدركها دون الاعتماد على النصوص الشرعية ، ومثل هذا النوع من المصالح ليس بحجة عند أحمد ولا غيره من الأئمة ، كما بيناه مفصلاً ، والمصالح التي يقول بها أحمد هي المصالح التي تشهد أصول الشرع السكينة لها . فهي داخلية تحت القياس بمعناه الواسع ، وليست هي المصالح المرسلة التي عنها ابن تيمية بقوله إن القول بالمصالح المرسلة يشرع من الدين ما لم يأذن به الله « وأن التسليم باعتبارها يعني أن الله قد ترك الناس سدى » وبذلك يندفع ما يظهر من عبارة ابن تيمية من أن أحمد بن حنبل يرفض القول بالمصالح المرسلة .

الفرع الثالث

تطبيقات من الفقه الحنبلي على نظرية المصلحة

نعرض في هذا الفرع طائفة من الفتاوى والفروع في المذهب الحنبلي ، ومنها يظهر أن الحنابلة يأخذون كغيرهم بالمصالح الملائمة لجنس تصرفات

الشرع ، ويبنون على أساسها الأحكام ، ويفرغون المسائل . وفي كل هذه الفتاوى حرصت كل الحرص على بيان الأصل الكلى الذى تدخل المصلحة الجزئية تحته ، والنصوص التى تشهد لهذا الأصل الكلى بالاعتبار ، حتى أثبت ما سبق أن أكدته غير مرة أن المصلحة المرسلة ليست عملاً بالرأى المجرد ، وإنما هى طريق من طرق الاستدلال بالنصوص الشرعية ، وأن كل مصلحة أفتى بها هؤلاء الأئمة ، تشهد النصوص الشرعية لجلسها بالاعتبار . وليست من المصالح المسكوت عنها فى الشرع .

ولقد عرفت المصلحة المرسلة بأنها المصلحة الملائمة ، وقلت إن معنى ملائمة المصلحة أن تكون داخلية تحت جلس اعتبره الشارع فى الجملة من غير نص معين ، وبعبارة أخرى أن تكون راجعة إلى أصل شرعى لم يشهد له نص معين ، وكان ملائماً لتصرفات الشرع ومأخوذاً بمعناه من أدلته . وعلى هذا فإن الفرع (الواقعة) وإن لم يشهد له أصل معين فقد شهد له أصل كلى ، والأصل الكلى إذا كان قطعياً قد يساوى الأصل المعين ، وقد يربى عليه بحسب قوة الأصل المعين وضعفه .

وعلى هذا ، فإنه عند عرض أمثلة المصالح المرسلة فى الفقه الحنبلى نذكر الفرع أو الواقعة غير المنصوص على حكمها ، ثم نذكر الأصل الشرعى الذى ترجع إليه هذه الواقعة ، ثم نبين أن الشارع قد اعتبر هذا الأصل الكلى بجملة نصوص ومجموع أدلة .

١ — إذا دعت الحاجة إلى التصرف فى مال الغير أو حقه ، وتعذر

استئذانه جاز هذا التصرف .

هذا أصل شرعى لم يشهد له نص معين ، ولكنه ملائم لتصرفات الشرع ، ومأخوذ بمعناه من أدلته . وعلى هذا فهو صحيح يبنى عليه ويرجع إليه . ويجرى فى قوة الاستدلال به مجرى العام المستفاد من الصيغة . فهو ٣١ — نظرية المصلحة

يطابق على كل واقعة يتحقق فيها مناطه ، دون حاجة إلى دليل خاص من نص أو قياس .

ومن النصوص التي أخذ منها هذا الأصل ، حديث عروة بن الجعد البارقي حيث أعطاه النبي صلى الله عليه وسلم ديناراً يشتري له به شاة ، فاشتري شاتين بدينار ، فباع إحداهما بدينار ، وجاء بالدينار والشاة الأخرى فباع وأقبض وأقبض بغير إذن النبي صلى الله عليه وسلم لتعذر حصوله على هذا الإذن ، وظهور الحاجة إلى هذا التصرف لما فيه من المصلحة الراجحة . وقد أقر النبي عليه السلام تصرفاته هذه ، فكان دليلاً على أن كل من تصرف في مال غيره لمصلحة رب المال ، وعدم القدرة على استئذانه فتصرفه ماض صحيح ، ولا يعد متعدياً بهذا التصرف .

ومن المصالح الجزئية التي تدخل تحت هذا الأصل ، ويتحقق فيها مناطه وبعد الاستدلال به على حكمها استدلالاً مرسلًا ، بحيث يقال إن المصلحة في الفرع لم يشهد لها أصل معين ، وإنما شهد لها أصل كلي مأخوذ من استقراء جملة نصوص ومجموع أدلة ، ما يأتي :

لورأى شاة غيره تموت فذببحها حفظاً لما ليتها عليه كان ذلك تصرفاً جائزاً مشروعاً ، ولا يعد متعدياً بالذبح ، لأن ذلك أولى من تركها تموت . فإن قيل إن إطلاق النصوص وعموم الأدلة يمنع من ذلك ، لأنه تصرف في ملك الغير بغير إذنه ، قيل إن التصرف في ملك الغير إنما حرمه الله لما فيه من الإضرار به ، وترك التصرف هنا هو الإضرار .

ومنها لو رأى السيل يمر بدار جاره فبادر ونقب حائطه ، وأخرج متاعه فحفظه عليه جاز ذلك ، ولم يضمن نقب الحائط ، أو قصد العدو مال جاره فصالحه ببعضه دفعاً عن بقيته جاز له ، ولم يضمن ما دفعه إليه ، أو وقعت النار في دار جاره فهدم جانباً منها على النار لئلا تسرى إلى بقيتها لم يضمن .

ففى كل هذه الفروع نجد أن المصلحة لم يشهد لها نص معين ، وإنما تدخل تحت جنس اعتباره الشارع فى الجملة بغير نص معين (١) .

وهذا الأصل هو الذى يعبر عنه رجال القانون بالفضالة ، والى عرفتها المادة ١٨٨ من القانون المدنى بقولها : « الفضالة هى أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر ، دون أن يكون ملزماً بذلك ، ثم بينت المادة ١٩٥ أثر قيام الشخص بهذا العمل بقولها « يعتبر الفضولى نائباً عن رب العمل ، متى كان قد بذل فى إدارته عناية الشخص العادى ، ولو لم تتحقق النتيجة المرجوة ، وفى هذه الحالة يكون رب العمل ملزماً بأن ينفذ التعهدات التى عقدها الفضولى لحسابه ، وأن يعوضه عن التعهدات التى التزم بها ، وأن يرد له النفقات الضرورية النافعة التى سوغتها الظروف . . . وأن يعوضه عن الضرر الذى لحقه بسبب قيامه بالعمل ، ولا يستحق الفضولى أجراً على عمله ، إلا أن يكون من أعمال مهنته ، .

٢ - كل فعل لا ضرر فيه على فاعله ، وفى المنع منه ضرر بآخر ، أجبر عليه الشخص إذا امتنع منه .

هذا أصل شرعى لم يشهد له نص معين ، وهو ملائم لتصرفات الشرع ومأخوذ معناه من مجموع أدلته ، وعلى هذا فهو صحيح مبنى عليه ، ويرجع

(١) راجع أعلام الموقعين ج ٢ ص ٣٩٣ ، القواعد لابن رجب ص ٤١٧ حيث يقول : التصرفات للغير بدون إذنه . . . أقسام . القسم الأول . أن تدعو الحاجة إلى التصرف فى مال الغير أو حقه ، ويتعذر استئذانه أما للحجل بعينه ، أو لغيبته ومشقة انتظاره ، فهذا التصرف مباح جائز موقوف على الإجازة ، وهو فى الأموال غير مختلف فيه فى المذهب . . . ثم خرج على هذه المصاحبة السكينة زوج امرأة المفقود إذا كانت غيبته ظاهرها الهلاك ، فإن امرأته تبرص أربع سنين ثم تعتد وتباح للزواج .

وقال : فى توقف ذلك على الحاكم روايتان ، قال : ومأخذ ذلك أن انتظاره يعظم به الضرر على زوجته فيباح لها فسخ نكاحه . . . وله مأخذ ثالث وهو الأظهر وهو أن الحاجة دعت هنا إلى التصرف فى حقه من يضم الزوجة بالفسخ عليه فيصح الفسخ .

إليه . وكل مصلحة جزئية تدخل تحته تكون مصلحة ملائمة لشهادة ذلك الأصل لها ، فهي نوع من المصالح ، وهذا الأصل جنس لها ، وهو جنس اعتبره الشارع في الجملة بغير دليل معين ، وذلك بإيراد الفروع على وفقه ، والالتفات إليه في التشريع .

ومن الفروع التي أوردتها الشارع على وفق هذا الأصل ، واعتبرت شهادة له بالاعتبار حكم الشارع بالشفعة للشريك ، فإنه لما كان البيع للشريك لا ضرر فيه على المالك ، وفي الامتناع عنه لإضرار بالشريك أجبر عليه المالك . وفي هذا يقول ابن القيم : « فإذا أراد بيع نصيبه وأخذ عوضه كان شريكه أحق به من الأجنبي ، وهو يصل إلى غرضه من العوض من أيهما كان ، فكان الشريك أحق بدفع العوض من الأجنبي ، ويزول عنه ضرر الشركة ، ولا يتضرر البائع لأنه يصل إلى حقه من الثمن ، وكان هذا من أعظم العدل ، وأحسن الأحكام المطابقة للعقول والفطر ومصالح العباد ،^(١) .

ويقول : « فإذا باع نصيبه كان شريكه أحق به من الأجنبي ، لإذني ذلك إزالة ضرره ، مع عدم تضرر صاحبه ، فإنه يصل إلى حقه من الثمن ، ويصل هذا إلى استبداده بالبيع فيزول الضرر عنهما جميعاً ،^(٢) ، ويقول : « إنما كان الأصل عدم انتزاع ملك الإنسان منه إلا برضاه ، لما فيه من الظلم له والإضرار به ، فأما ما لا يتضمن ظماً ولا إضراراً بل مصلحة له بإعطائه الثمن فلشريكه دفع ضرر الشركة عنه ، فليس الأصل عدمه ، بل هو مقتضى أصول الشريعة ، فإن أصول الشريعة توجب المعاوضة للحاجة والمصلحة الراجحة وإن لم يرض صاحب المال ،^(٣) .

ومن الفروع التي أوردتها الشارع على وفق هذا الأصل أيضاً ، واعتبرت

(١) أعلام الموقعين ج ٢ ص ١٢

(٢) المرجع السابق ص ١٢١ .

(٣) المرجع السابق ص ١٢٣ .

شاهدة له بالاعتبار نهى النبي عليه الصلاة والسلام الرجل من أن يمنع جاره من وضع خشبته على جداره ، فإن وضع الخشبة هنا ليس فيه ضرر على صاحب الجدار ، وفي المنع منه ضرر على الجار ، فأجبر الشخص عليه .

ويدخل تحت هذا الأصل إيجاب مالك الأرض على إمرار الماء فيها لجاره مادام ذلك لا يضره ، والمنع منه يضر بالجار ، وبذلك أفتى عمر بن الخطاب رضى الله عنه . فالفتوى بإمرار الماء في أرض الجار فتوى على أساس المصلحة المرسلة التي لم يشهد لها نص معين ، ولكنها ملائمة لتصرفات الشارع ، ودخلة تحت جنس اعتبرته النصوص في الجملة .

٣ - كل ما تدعو الحاجة إلى الانتفاع به من الأعيان ولا ضرر في بذله لتيسره ، وكثرة وجوده ، أو من المنافع المحتاج إليها يجب بذله مجاناً بغير عوض .

هذه مصلحة كلية شهدت لها النصوص في الجملة ، فهي إذن جلس اعتبره الشارع وكل واقعة جزئية لانص فيها ، وتحقيق فيها مناطها ، حكم فيها بحكم هذه القاعدة ، وكانت المصلحة فيها مصلحة ملائمة لهذا الأصل ، ودخلة تحت ذلك الجنس .

أما شواهد الأصل الكلى أو المصلحة الكلية فهي ما ثبت في صحيح مسلم من النهى عن بيع الهر . وما روى من النهى عن منع الجار جاره من وضع الخشبة على جداره ، وما روى من النهى عن منع الماء لينع به الكلاء . ومن الفروع التي أخذ فيها الخنابلة بالمصلحة المرسلة الملائمة الداخلة تحت هذا الأصل على ما يقوله ابن رجب ، وإعارة الحلي فظاهر كلام أحمد وجماعة من الأصحاب وجوبه ، واختار بعضهم وجوب بذل الماعون ، وإعارة الفحل للضراب . . . وضيافة المجتازين المذهب وجوبها ، (١) .

فالحكم في هذه الوقائع كان لمصلحة أم يشهد لها نص معين ، ولكنها
داخلة تحت جنس اعتبره الشارع في الجملة بغير نص معين .

٤ - أفتى الحنابلة بالفتاوى الآتية بناء على المصلحة المرسلة :

١ - الفار من الزكاة قبل تمام الحول بتنقيص النصاب ، أو إخراجها
عن ملكه تجب عليه الزكاة .

٢ - المطلق في مرضه لا يقطع طلاقه حق الزوجة من إرثها منه إلا أن
تلتفى التهم بسؤال الزوجة ونحوه ففيه روايتان عندهم .

٣ - قتل الموصى له الموصى بعد الوصية فإنه تبطل الوصية رواية واحدة
على أصح الطريقين عندهم .

٤ - السكران بشرب الخمر عمداً يجعل كالأصاحي في أقواله وأفعاله فيما
عليه من المشهور من المذهب .

٥ - تخليل الخمر لا يفيد حله ولا طهارته على المذهب الصحيح .

٦ - الغال في الغنيمة يحرم أسهمه منها على إحدى الروايتين .

٧ - من تزوج امرأة في عدتها حرمت عليه على التأييد على رواية .

٨ - من تزوجت بعدها فإنه يحرم عليها على التأييد كما روى عن عمر
رضي الله عنه نص عليه أحمد .

٩ - من اصطاد صيداً قبل أن يحل من إحرامه لم يحل له ، وإن تحلل ،
حتى يرسله ويطلقه .

١٠ - إذا قتل الغريم غريمه فإنه يحل دينه عليه كما لو مات صرح به جماعة
من الأصحاب . ويخرج فيه وجه آخر أنه لا يحل طرداً للقاعدة .

هذه فتاوى عشر كان سند الفتوى فيها المصلحة المرسلة ، ذلك أن

المصلحة في هذه الفروع لم يشهد لها نص معين حتى يمكن القياس عليه ، ولكن شهدت لجنس هذه المصالح نصوص الشريعة في الجملة ، فهذه الفروع وإن لم يعتبرها النص المعين ، فقد شهد لها أصل كل يعبر عنه ابن رجب بقوله « من أتى بسبب يفيد الملك أو الحل أو يسقط الواجب على وجه محرم ، وكان مما تدعو النفوس إليه ألغى ذلك السبب ، وصار وجوده كالعدم ، ولم يترتب عليه أحكامه » (١) . وليس هناك نص يشهد لعين هذه المصلحة وإنما أخذت هذه المصلحة الكلية أو الأصل الشرعي من مصادر الشريعة ومواردها . وأهم النصوص التي تشهد لهذه المصلحة هو منع الشارع القاتل من الميراث فإن القتل سبب يفيد الملك للقاتل بالميراث ، وهو مما تدعو إليه النفوس ، وقد كان قتل الوارث مورثه فعلاً محرماً ، فلم يترتب على هذا السبب أثره ، وبعبارة أخرى ، فإن الموت وإن كان سبباً للميراث ، فإنه لما وقع هذا السبب على وجه محرم ، كان كالعدم ولم يترتب عليه أثره . وبذلك يكون الشارع قد اعتبر هذا الجنس بإيراده هذا الفرع على وفقه ، فمنع القاتل الميراث دليل على اعتبار الشارع أن السبب تبطل سببته ، إذا أتى المكلف به على وجه محرم .

وقد عبر المالكية عن هذا الأصل بقولهم « إذا قصد المكلف بالسبب الممنوع ما يتبعه من المصلحة عوقب بنقيض قصده » (٢) .

(١) القواعد لابن رجب ٢٢٩ .

(٢) الموافقات ١ ص ٢٥٨ يقول الشاطبي « والثاني . أن يقصد توابع السبب ، وهي التي تعود عليه بالمصلحة ضمناً ، كالوارث يقتل المورث ليحصل له الميراث ، والموصى له يقتل الموصى ليحصل له الموصى به ، والغاصب يقصد ملك المنصوب فيغيره ليضمن قيمته ويملكه ، وأشباه ذلك . فهذا التسبب باطل ؛ لأن الشارع لم يمنع تلك الأشياء في خطاب التكليف ليحصل بها في خطاب الوضع مصلحة ؛ فليست إذن بمشروعة في ذلك التسبب . ولكن يبقى النظر ؛ هل يعتبر في ذلك التسبب المخصوص كونه مناقضاً في القصد لقصد الشارع عيناً ؛ حتى لا يترتب عليه ما قصده المتسبب . فنشأ قاعدة المعاملة بنقيض المقصود ؛ ويطلق الحكم باعتبارها إذا =

هـ — يقول ابن رجب « تعتبر الأسباب في عقود التليكات ، كما تعتبر في الإيمان (١) » ومعنى هذه المصلحة الكلية أن السبب الباعث على العقد الذى يفيد الملك يعتبر في الحكم على صحة العقد وبطلانه ، وتحديد نطاقه ، فالسبب الذى دعاً المتعاقد إلى العقد ، والذى يظهر من ظروف العقد والقرائن المختلفة به هو المحكم ، كما هو الحال بالنسبة إلى الإيمان وغيرها من الأعمال والتصرفات .

وهذا أصل شرعى لم يشهد له نص معين ، ولكن أخذ معناه من مجموع أدلة الشريعة ، بحيث أعطت هذه الأدلة معنى القطع فيه . واقد أفتى الحنابلة في بعض النوازل التى عريت عن النص الشرعى ، بناء على أن الحكم فى هذه النوازل يحقق مصلحة لم يشهد لها نص معين ، ولكنها داخلة تحت هذا الجنس الذى اعتبره الشارع فى الجملة بغير دليل معين .

يقول ابن رجب « ويخرج على هذا مسائل متعددة : منها مسائل العينة ومنها هدية المقترض قبل الأداء فإنه لا يجوز قبولها من لم يجر له منه عادة ، ومنها هدية المشركين لأمير الجيش فإنه لا يختص بها على المذهب بل هى غنيمة أوفى على اختلاف الأصحاب ، ومنها هدايا العمال ، قال أحمد فى الهدايا التى تهدى للأمير فيعطى منها الرجل ، قال هذا هو الغلول ، ومنع الأصحاب

== تعين ذلك القصد المفروض ؟ وهو مقتضى الحديث فى حرمان القاتل الميراث : ومقتضى الفقه فى حديث المنم من جمع المفترق وتفريق المجتمع خشية الصدقة ، وكذلك ميراث المبتوتة فى المرض ، أو تأييد التعزيم على من نكح فى العدة ؟ إلى كثير من هذا . أو يعتبر جعل الشارع ذلك سبباً للعصاة المترتبة ولا يؤثر فى ذلك قصد هذا القاصد ؟ هذا مجال للجهتهدين فيه اتساع نظر ؟ ولا سبيل إلى القطع بأحد الأمرين ، فلنقبض عنان الكلام فيه « بل أن الشاطى أجرى ذلك فى الشروط أيضاً ، فقرر أن المكاف إذا فعل الشرط الذى يتوقف عليه لإعمال السبب بقصد لإعمال السبب لتحقيق مقصود مناقض لمقصود الشارع ؟ أو ترك الشرط الذى يتوقف على تركه لإعمال السبب بهذا القصد أيضاً ؟ فإن فعل الشرط أو تركه طل لا يترتب عليه أثر ؟ والسبب يعمل على فرض عدم وقوع الشرط فى الحالة الأولى ؟ وعلى فرض وقوعه فى الثانية راجع الموافقات ٢٧٤ س ١ .

(١) القواعد لابن رجب ٣٢١ .

من قبول القاضى هدية من لم تجر العادة بهديته له قبل ولايته ، ومنها هبة المرأة زوجها صداقها إذا سألها ذلك ، فإن سببها طلب استدامة النكاح ، فإن طلقها فلها الرجوع فيها نص عليه أحمد ، ومنها الهدية لمن يشفع له بشفاعة عند السلطان ونحوه فلا يجوز ، لأنها كالأجرة ، والشفاعة من المصالح العامة ، فلا يجوز أخذ الأجرة عليها .

فسند الفتوى فى كل هذه الفروع مصلحة مرسله ، أى مصلحة لم يشهد النص لعينها حتى تكون ثابتة بطريق القياس ، وإنما هى مصلحة ملائمة لجنس تصرفات الشارع ، وراجعة إلى أصل اعتبره الشارع فى الجملة . ذلك الأصل هو أن التصرف يفسر ، وتجرى أحكامه ، بناء على السبب الباعث الذى دفع العاقد إلى التعاقد ، فإذا كان الباعث حراماً كقصد الربا ، فإن أعمال هذا الباعث يقضى بطلان بيع العينة وهدية المقترض ، وإذا كان السبب الباعث للمشرىكين على إهداء الأمير أنه أمير لجيش وليس شخصاً عادياً ، كان ما أخذه جزءاً من الغنائم ، وإذا كان الباعث الدافع لصاحب الحاجة إلى أن يهدى القاضى أو العامل هو قضاء حاجته أو الحكم لصالحه ، فإن هذا السبب الباعث الدافع يقضى بحرمة هذه الهدية . وهكذا فإننا نحكم الباعث الدافع إلى الفعل دائماً ولا ننظر فقط إلى الظاهر ، والمهم أن هذا السبب لا بد أن يظهر إما من القرائن المحيطة كالهدية للدائن من لم تجر له عادة بالإهداء ، وكالإهداء للأمير الجيش ، أو يثبت بغير ذلك من الأدلة .

وفى بيان قيمة السبب الباعث أو القصد فى العقود يقول ابن القيم : القصد روح العقد ومصححه ومبطله ، فاعتبار القصد فى العقود أولى من اعتبار الألفاظ ، فإن الألفاظ مقصودة لغيرها ، ومقاصد العقود هى التى تراد لأجلها ، (١) .

ويقول « وقاعدة الشريعة التي لا يجوز هدمها أن المقاصد والاعتقادات معتبرة في التصرفات والعبادات ، كما هي معتبرة في التقربات والعبادات ، فالقصد والنية والاعتقاد يجعل الشيء حلالاً أو حراماً ، وصحيحاً أو فاسداً ، وطاعة أو معصية ، كما أن القصد في العبادة يجعلها واجبة أو مستحبة أو محرمة ، صحيحة أو فاسدة ، ودلائل هذه القاعدة تفوق الحصر ، (١) .

وإنما كان هذا الأصل ملاك ما لتصرفات الشارع لأن الشارع أورد الفروع على وفقه ، والتفت إليه في التفريع وتشريع الأحكام . فقد ورد النهي عن بيع العينة ، وعن هدية الديان ، وذلك التفتان إلى السبب الباعث ، فكان الالتفات إليه في جميع الأبواب كذلك ، وهذا هو شأن المصالح المرسلة ، فإنه لما أقام الشارع الخلوة بالأجنبية مقام الزنا في الحرمة ، ومقام الوطء في إيجاب نصف الصداق ، وأقام الإيلاج مقام الإنزال في أحكام كثيرة ، وجعل حافر البئر في محل العدوان كالمردى فيها ، حكمنا بإقامة المظنة مقام المظنون أصلاً كلياً وقاعدة مطردة ، وحكمنا بإقامة مظنة القذف وهو الشرب مقام القذف ، فأعطينا حكم القذف وهو الجلد ثمانين للشرب .

ولما رأينا الشارع في تصرفاته يقدم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة ، في المنع من تلقى الركبان ، ومن بيع الحاضر للبادي ، وفي الحدود والقصاص ، ووجوب الجهاد ، وغير ذلك مما فيه تفويت مصلحة خاصة لحفظ مصلحة عامة ، قلنا بذلك أصلاً كلياً ، وقاعدة مطردة ، فضمننا الصنيع ، وإن أمكن عدم خيانة البعض تقديم المصلحة العامة لأرباب السلع ، وأجزنا إتلاف ما حصلت به الجريمة من الأموال ، تحصيلاً للمصلحة العامة أيضاً .

ولما وجدنا الشارع يقدم المصلحة الأصلية على المصلحة المشكلة عند التعارض قدمنا مصلحة إقامة الإمام ، على مصلحة توافر الاجتهاد فيه إذا

خلا الزمان عن مجتهد ، وهكذا فالمصلحة المرسلة تعنى أصلاً كلاً اعتبره الشارع بأن أورد الفروع على وفقه ، وشهدت له نصوصه في الجملة ، ثم فرعاً لا نص على حكمه ، يدخل تحت هذا الأصل ، ويندرج تحت ذلك الكل ، ويكون فرداً من أفراد هذا العموم الاستقرائي .

٦ - أفق بعض الحنابلة بأن التصرفات المالية كالعتق والوقف والصدقة والهبة ، إذا تصرف بها وعليه دين ولم يكن حجر عليه ، وإنما تقدم الغرماء مطالبين بديونهم ، فإن هذه التصرفات لا تنفذ في حق الدائنين ما دامت قد وقعت بعد المطالبة ، أي بعد رفع دعوى الحجر وقبل صدور الحكم به . وهذه الفتوى لا سند لها من نص يدل عليها بلفظه ، ولا يشهد لوجه المصلحة فيها نص معين ، يمكن قياسها عليه ، ولكنها مصلحة راجعة إلى جلس اعتبره الشارع في الجملة بغير نص معين .

ودليل هذا الاعتبار ما نص عليه أحمد رحمه الله في رواية حنبل فيمن تبرع بماله بوقف أو صدقة وأبواه محتاجان أن لهما رده ، واحتج بالحديث المروى في ذلك ، كما أنه قد نص على أن من أوصى لأجنب وله أقارب محتاجون الوصية ترد عليهم ، فتخرج من ذلك أن من تبرع وعليه نفقة واجبة لوارث أو دين ليس له وفاء أنه يرد... ونقل ابن منصور عن أحمد فيمن تصدق عند موته بماله كله ، قال : هذا مردود ، لو كان في حياته لم أجوز له إذا كان له ولد^(١) .

فعدم نفاذ التبرع الصادر من المدين بعد رفع الدعوى بطلب الحجر ، وقبل صدور الحكم بالتفليس مصلحة لم يشهد لها نص معين ، حتى يمكن القياس عليه ، ولكنها مصلحة ملائمة لجلس اعتبره الشارع في الجملة بغير

دليل معين ، فالحديث الذى جعل التبرع مع حاجة الوالدين إلى المال المتبرع به مردوداً وغير نافذ ، قد شهد بأن كل من وجب عليه حق لا يجوز له أن يتبرع بما يضر صاحب هذا الحق ، فالوالدان لهما على الولد حق النفقة ، فإذا تبرع وهما فى حاجة إلى ما تبرع به ، رد تبرعه ولم ينفذ فى حقهما ، لأن فيه إضراراً بهما . فكذلك الحال بالنسبة لـكل حق ، فإن الدين أصبح واجب الأداء بعد مطالبة الغرماء ، فالتبرع بعد ذلك إضرار بالدائن ، وتقديم للنفل على الواجب فلا ينفذ فى حق الدائنين .

فأحمد رضى الله عنه أخذ النص فى التبرع مع حاجة الوالدين وعمهم الحكم والعلة فيه ، فجعله شاملاً لكل تبرع يضر بشخص له على المتبرع حق واجب ، كما فعل الشافعى فى حديث منع فضل الماء لينع به السكلاً ، فإن الحديث وإن جاء فى واقعة خاصة هى منع الماء ، فإن الشافعى قد عممه فقال : وفى منع الماء لينع به السكلاً الذى هو من رحمة الله عام يحتمل معنيين : أحدهما أن ما كان ذريعة إلى منع ما أحل الله لم يحل ، وكذلك ما كان ذريعة إلى إحلال ما حرم الله . قال الشافعى : فإن كان هذا هكذا فى هذا ما يثبت أن الذرائع إلى الحلال والحرام تشبه معانى الحلال والحرام ، (١) .

فإن نص الحديث إنما ورد فى المنع من الماء لينع به السكلاً فعمم الشافعى حكم هذا الحديث ، وجعل كل ذريعة إلى محرم حراماً ، فمنع السكلاً حرام لأنه منع لفضل الله الذى جعله للناس عامة ، والمنع من فضل الماء ذريعة إلى منع هذا الحلال ، أو حصول هذا الحرام ، فمنع منه ، ثم قلنا بأن كل ذريعة إلى الحلال أو الحرام . فهى فى معنى الحلال أو الحرام . وكذلك فعل أحمد فى الحديث الذى رواه فى التبرع مع حاجة الوالدين ، عممه فى كل من تبرع وعليه واجب ، فإن تبرعه لا ينفذ فى حق صاحب الحق إذا كان يتضرر به ، وبعد ذلك طبق هذا الأصل على كل نازلة جديدة يراد معرفة حكمها .

وهذه الواقعة لا تشارك الواقعة التي حكم النص فيها في عين العلة ، وليس المراد أن ينقل إليها عين الحكم الذي في الواقعة المنصوصة ، وإنما هما يشتركان في جنس المصلحة ، وجنس الحكم ، فالمصلحة في الواقعة الجديدة ، والواقعة المنصوص عليها ، متغايرتان ، ولكنهما من جنس واحد . والحكم في الواقعة الجديدة والواقعة المنصوصة متغايران ، ولكن بجمعهما جنس واحد ففي الواقعة المنصوصة ، لم ينفذ التصرف في حق الوالدين ، وفي الواقعة الجديدة لم ينفذ في حق الدائنين ، والمصلحة هي حماية حق الوالدين في الأولى ، وحق الدائنين في الثانية .

٧ — أفتى الحنابلة بأنه إذا تهدم الحائط المشترك فالذهب لإجبار الممتنع من الشريكين على البناء مع الآخر . وأنه إذا تهدم السقف الذي بين سفل أحدهما وعلو الآخر فذكر الأصحاب في الإجماع روايتين ، والمنصوص ها هنا أنه إن انكسر خشبه فيه فبناؤه بينهما ، لأن المنفعة لهما جميعاً ، وظاهره الإجماع ، وأن القناة المشتركة إذا تهدمت فقد نص أحمد على الإجماع على العمارة ، وأن ما يقبل القسمة من الأعيان إذا طلب أحد الشريكين قسمته أجبر الآخر عليها ، وعلى التزام كلهما وموئها لتسكيل نفع الشريك ، فأما ما لا يقبل القسمة ، فإنه يجبر أحدهما على بيعه إذا طلب الآخر بيعه ، نص أحمد على ذلك ، وكذا نقل حنبل عن أحمد أنه قال : كل قسمة منها ضرر لا أرى أن يقسم مثل عبد بين رجلين وأرض في قسمتها ضرر ، ويقال لصاحبها إما أن تشتري ، وإما أن تترك إذا كان هذا ضرراً .

في كل هذه الفروع نجد أن المالك يجبر على المعاوضة ، وذلك رفعاً لضرر الشريك ، فالشريك الذي يتضرر من تهدم القناة أو الجدار ، ويتعذر عليه الانتفاع بملكه ، يستطيع أن يجبر الشريك على أن يعاوض ومعنى هذا أن الشريك يدفع أجره الإصلاحات اللازمة ، أو أجره إعادة

بناء الحائط أو حفر القناة، فهو إذن مجبر على الالتزام بأن يتعاقد مع صانع على أن يصلح الجدار أو يعيد بناء البئر، وإذا لم يفعل فللشريك الآخر أن يجرى المعاوضة ويمتنعه من استعمال حقه حتى يدفع نصيبه من النفقات. وكذلك يجبر المالك على بيع ملكه الذي لا يمكن قسمته دون ضرره، دفعاً للضرر عن شريكه، فإن امتنع أجبره الحاكم. والنوازل السابقة غير منصوص على حكمها والمصلحة فيها غير مشهود لعينها بالاعتبار، واسكنها مصلحة ملائمة لجلس تصرفات الشرع، وذلك لأنها داخلية تحت جلس اعتبره الشارع، وراجعة إلى أصل كل، أخذ معناه من أدلة الشرع، واستقرى من مجموع نصوصه، ذلك الأصل هو أن الإيجاب على المعاوضات لإزالة الضرر مقصود شرعاً. فقد أجبر الشارع المالك على البيع للجار أو للشريك الطاب للشفعة، وهو إيجاب على المعاوضة لإزالة الضرر، وطلب من صاحب النخلة التي كانت في ملك آخر أن يبيعها منه أو يهبها لإياه، فلما امتنع قال له النبي عليه السلام أنت مضار، وأجاز لصاحب الأرض أن يقطع النخلة^(١).

فأخذ أخذ هذه الفتوى على أنها شاهد لأصل كل، وعام استقرائي، مفاده أن الإيجاب على المعاوضة جائز لدفع ظلم أو منع ضرر، أو بعبارة أخرى جائز للحاجة أو الضرورة، وإن كان الأصل أن ملك الشخص لا يتقل منه إلا برضاه.

(١) ذكر ابن رجب أن من كان في أرضه نخلة لغيره فلقق صاحب الأرض ضرر بدخوله قال أحمد في رواية حنبل ذكر له الحديث الذي ورد في ذلك وأن النبي عليه السلام أمر صاحبها أن يبيع فأبى... فأمره أن يهب فأبى، فقال النبي عليه السلام؛ أنت مضار، اذهب فاقطع نخلة، قال أحمد؛ كلما كان على هذه الجهة، وفيه ضرر بمن من ذلك، فإن أجاب وإلا أجبره السلطان، ولا يضر بأخيه إذا كان ذلك فيه مرفق والحديث المشار إليه أخرجه أبو داود في السنن فالأمر بالقطع إنما كان عند الإصرار على المضارة والامتناع من قبول ما يدفع ضرر المالك، والقواعد لابن رجب ١٤٠.

ومن الفتاوى التي ترجع إلى هذا الأصل الشرعى ما نسب لاتباع أحمد رضى الله عنه من أنه يجوز إجبار المالك على أن يسكن في ملكه من لا مأوى له ، إذا كان فيه فراغ يتسع له . قال ابن القيم ، فإذا قدر أن قوماً اضطروا إلى السكنى في بيت لإنسان لا يجدون سواه ، أو النزول في خان مملوك ... وجب على صاحبه بذله بلا نزاع ، لكن هل له أن يأخذ عليه أجراً ؟ فيه قولان للعلماء ، وهما وجهان لأصحاب أحمد . ومن جوز له أخذ الأجرة حرم عليه أن يطلب زيادة على أجرة المثل ، (١) .

وقد قرر ابن القيم أن هذه الفتوى سندها المصلحة الملائمة لجلس تصرفات الشرع ، وبين الأصل الذى تدخل هذه المصلحة الجزئية تحته ، ثم ذكر الشاهد بالاعتبار لهذا الأصل السكلى فقال :

« وقد ثبت في الصحيحين أن النبي صلى الله عليه وسلم منع من الزيادة على ثمن المثل في عتق الحصة من العبد المشترك فقال : من أعتق شركاً له في عبد ، وكان له من المال ما يبلغ ثمن العبد ، قوم عليه قيمة عدل لا وكس ولا شطط ، فأعطى شركاؤه حصصهم ، وعتق عليه العبد ... وصار هذا الحديث أصلاً في جواز إخراج الشيء من ملك صاحبه قهراً بشمنه للمصلحة الراجحة ، كما في الشفعة ، (٢) . »

ومن الفتاوى التي كان سندها المصلحة المرسلّة التي تدخل تحت هذا الأصل ما ذكره ابن القيم من أن الناس إذا احتاجوا إلى صناعة طائفة كالزراعة والنساجة والبناء وغير ذلك ، فلولى الأمر أن يلزمهم بذلك بأجرة مثلهم ، يقول ابن القيم : « فإنه لا تتم مصلحة الناس إلا بذلك ، (٣) ، ويقول : « فالقصد أن الناس إذا احتاجوا إلى أرباب الصناعات كالزراعيين وغيرهم ،

(١) الطرق الحسكية ٢٣٩ .

(٢) المرجع السابق ٢٣٨ .

(٣) الطرق الحسكية ٢٢٦ .

لجبروا على ذلك بأجرة المثل ، وهذا من التسعير الواجب ، فهذا التسعير في الأعمال، (١).

ثم يبين ابن القيم وجه رجوع هذه المصلحة إلى كلى شرعى مأخوذ من نصوص الشريعة فيقول . « وفي السنن أن رجلا كانت له شجرة في أرض غيره ، وكان صاحب الأرض يتضرر بدخول صاحب الشجرة ، فشكا ذلك إلى النبي صلى الله عليه وسلم ، فأمره أن يقبل بدلها ، أو يتبرع له بها ، فلم يفعل ، فإذن لصاحب الأرض أن يقلعها ، وقال لصاحب الشجرة إنما أنت مضار ... وصاحب الشرع أوجب عليه إذا لم يتبرع بها أن يقلعها لما في ذلك من مصلحة صاحب الأرض بخلاصه من تأذيه بدخول صاحب الشجرة ، ومصلحة صاحب الشجرة بأخذ القيمة :، وإن كان عليه في ذلك ضرر يسير ، فضرر صاحب الأرض ببقائها في بستانه أعظم ، فإن الشارع الحكيم يدفع أعظم الضررين بأيسرهما . فهذا هو الفقه والقياس والمصلحة وإن أباه من أباه . والمقصود أن هذا دليل على وجوب البيع لحاجة المشتري ، وأين حاجة هذا في حاجة عموم الناس إلى الطعام وغيره ، والحكم في المعاوضة على المنافع إذا احتاج الناس إليها كمنافع الدور والطحن والتخبز وغير ذلك حكم المعاوضة على الأعيان ، (٢) .

فإجبار المالك على أن يسكن في ملسكه من تدعو الحاجة إلى سكنه ، مع أخذ الأجرة العادلة دون استغلال حاجة المحتاج ، وإجبار أرباب المهن الذين يحتاج الناس إليهم ، مع تحديد أجرة عادلة ، مصلحة ملائمة لتصرفات الشرع ، وراجعة إلى أصل شرعى لم يشهد له نص معين ، ولكنه مأخوذ باستقراء نصوص الشريعة ، وتتبع أحكامها .

وخلاصة القول إن القول بجواز إخراج الشيء من ملك صاحبه

(١) المرجع السابق ٢٣٢ .

(٢) المرجع السابق ٢٤٣ .

للمصلحة الراجحة ، وكذلك القول بإلزام صاحب الصنعة على بذل عمله لمن يحتاج إليه بأجرة عادلة ، ويجمعهما ، الإيجابار على المعاوضة لإزالة الضرر ، أو لتحصيل المصلحة الراجحة ، أصل شرعى لم يشهد له نص معين ، ولكنه ملائم لتصرفات الشرع ، وماخوذ معناه من أدلته ، وعلى ذلك فهو صحيح يبنى عليه ، ويرجع إليه ، ويجرى فى قوة الاحتجاج به ، والتفريع على وفقه مجرى العموم المستفاد من الصيغة ، وبذلك يطبق على كل واقعة غير منصوص على حكمها ، إذا تحقق فيها مناط هذا الأصل السكلى ، أو كانت فرداً من أفراد هذا العام الاستقرائى ، دون حاجة إلى نص خاص يدل على حكمها لفظاً ، أو يؤخذ حكمها من معقوله بطريق القياس الذى يفترض أن يساوى فيه الفرع الأصل فى عين الحكم والعلة .

ومن المصالح الجزئية الراجعة إلى هذه المصلحة السكلى جواز التسعير إذا تعدى التجار ثمن المثل واستغلوا حاجة الناس إلى ما بأيديهم من السلع . فإنهم يجبرون على المعاوضة للمصلحة الراجحة ، أو لرفع الضرر العام ، وأما إذا كان التجار يبيعون بأسعار عادلة أملتها ظروف العرض والطلب ، ولم يكن نتيجة تدخل منهم بقصد الاستغلال والحصول على الربح المحرم فإنه ليست هناك حاجة إلى التسعير ؛ لأن التسعير فى هذه الحالة لا يرفع ظلاماً عن طائفة المستهلكين ، وإنما يوقع الظلم على التجار ، والشارع لا يريد ظلم طائفة على حساب طائفة أخرى . وبذلك لا يتحقق فيه مناط المصلحة السكلى ؛ لأن مضمون هذه المصلحة أن الإيجابار على المعاوضة يجوز للمصلحة الراجحة ، أو لدفع الظلم . أو لمنع الضرر الأكبر ، وكل هذا لا يتحقق إذا كان التجار يبيعون بالأسعار العادلة ، دون تعد أو جشع .

يقول ابن القيم (١) : « وأما التسعير فنه ما هو ظلم محرم ، ومنه ما هو

(١) الطارق الحكيم ٢٢٣ .

عدل جائز ، فإذا تضمن ظلم الناس ولم كراههم بغير حق على البيع بشمن لا يرضونه أو منعهم مما أباح الله لهم فهو حرام ، وإذا تضمن العدل بين الناس مثل لم كراههم على ما يجب عليهم من المعاوضة بشمن المثل ، ومنعهم مما يحرم عليهم من أخذ الزيادة على عوض المثل فهو جائز بل واجب .

فأما القسم الأول . فمثل ما روى أنس قال . علا السعر على عهد النبي صلى الله عليه وسلم فقالوا يا رسول الله لو سعرت لنا ، فقال : إن الله هو القابض الرازق الباسط المسعر ، وإنى لأرجو أن ألقى الله ولا يطالبني أحد بمظلمة ظلمتها إياه في دم ولا مال . رواه أبو داود والترمذي وصححه ، فإذا كان الناس يبيعون سلعهم على الوجه المعروف في غير ظلم منهم ، وقد ارتفع السعر إما لقلة الشيء ، وإما لكثرة الخلق فهذا إلى الله ، فيلزم الناس أن يبيعوا بقيمة بعينها لم كراه بغير حق ، وأما الثاني فمثل أن يمتنع أرباب السلع من بيعها مع ضرورة الناس إليها إلا بزيادة على القيمة المعروفة ، فهنا يجب عليهم بيعها بقيمة المثل ، ولا معنى للتسعير إلا إلزامهم بقيمة المثل ، والتسعير هنا إلزام بالعدل الذي ألزمهم الله به ،^(١) .

ولقد تكلم ابن القيم بعد ذلك عن بعض أحكام التسعير ، وذكر مواضع الخلاف والاتفاق بين الأئمة فيه ، ثم خرج من ذلك بأن الخلاف بين الفقهاء إنما هو في غير حالة الضرورة ، والحاجة العامة منزلة منزلة الضرورة ، إذ أن السكل متفق على جوازه في تلك الحالة الأخيرة .

وقد ذكر ابن القيم صورتين للتسعير الذي وقع الخلاف فيه . أولاهما ، إذا أراد بعض التجار أن يبيع بسعر أقل مما يبيع به عامة أهل السوق ، وهذه الصورة تدخل تحت ما يقال له المنافسة غير المشروعة ، والضرر فيها ليس واقعاً على عامة الناس مباشرة ، وإنما على التجار فرد أو عدد محصور منهم ،

(١) المرجع السابق ٢٢٤ .

والغالب أن هذا الفعل يقصد به القضاء على المنافس حتى يترك الاتجار في السلعة ثم يتحكم في السوق بعد ذلك كما يشاء ، فالإرخاص وأن كان ظاهراً في مصلحة جمهور المشتريين ، إلا أنه مظنة وذريعة إلى مفسدة أكبر ، وهنا يوازن الفقيه بين مصلحة عاجلة ، في إرخاص السلعة ، وضرر أجل أشد كثيراً من المصلحة الواقعة ، وعندئذ يقدم رفع الضرر الكبير المتوقع من منع ذلك التاجر من البيع بسعر يقل كثيراً عن سعر أهل السوق .

وقد قال ابن القيم أن مالكا رضى الله عنه من يرى منع البائع من البيع بأقل من سعر الجمهور ، واعتبره من باب المنافسة غير المشروعة التي يربو ضررها المتوقع على مصلحتها العاجلة ، وقد احتج مالك رحمه الله بما رواه في موطنه أن عمر بن الخطاب مر بخطاب ابن أبي بلتعة ، وهو يبيع زيباً له بالسوق ، فقال له عمر ، إما أن تزيد في السعر ، وإما أن ترفع من سوقنا . قال ما لك لو أن رجلاً أراد فساد السوق لخط عن سعر الناس رأيت أن يقال له : إما لحقت بسعر الناس وإما رفعت (١) .

وثانية الصورتين اللتين وقع الخلاف فيهما ، أن يحد لأهل السوق سعراً لا يتجاوزونه مع قيامهم بالواجب ، وهذا قد منع منه الجمهور حتى مالك رضى الله عنه . لكن أشهب من شيوخ المالكية ينسب إلى مالك في صاحب السوق يسعر على الجزارين لحم الضأن بكذا ، ولحم الإبل بكذا وإلا أخرجوا من السوق ، قال : إذا سعر عليهم قدر ما يرى من شرائهم ، فلا بأس به ، ولكن لا يأمرهم أن يقوموا من السوق . ثم رجح ابن القيم رأى الجمهور في المنع من التسعير في هذه الحالة .

وأخيراً ، بين ابن القيم موضع الوفاق في مسألة التسعير فقال (٢) :

(١) الطرق الحكيمة ٢٢٣ .

(٢) الطرق الحكيمة ٢٣٧ .

قال : شيخنا : فهذا الذى تنازعوا فيه ، وأما إذا امتنع الناس من بيع ما يجب عليهم بيعه ، فهنا يؤمرون بالواجب ، ويعاقبون على تركه ، وكذلك كل من وجب عليه أن يبيع بضمن المثل فامتنع ، ومن احتج على منع التسعير مطلقاً بقول النبي صلى الله عليه وسلم : إن الله هو المسعر القابض الباسط وإني لأرجو أن ألقى الله وليس أحد منكم يطلبنى بمظلمة فى دم ولا مال . قيل له هذه قضية معينة ، وليست لفظاً عاماً ، وليس فيها أن أحداً امتنع من بيع ما الناس يحتاجون إليه ، ومعلوم أن الشيء إذا قل رغب الناس فى المزايدة فيه ، فإذا بذله صاحبه ، كما جرت به العادة ولكن الناس تزايدوا فيه فهنا لا يسعر عليهم ، (١) .

ولقد نقل ابن القيم عن ابن حبيب من المالكية طريقة التسعير فقال : وأما صفة ذلك عند من جوزوه ، فقال ابن حبيب ينبغى للإمام أن يجمع وجوه أهل سوق ذلك الشيء ، ويحضر غيرهم استظهاراً على صدقهم ، فيسألهم كيف يشترون وكيف يبيعون فينازلهم إلى ما فيه لهم وللعمامة سداد حتى يرضوا به ، ولا يجبر على التسعير ، ولكن عن رضى . قال أبو الوليد الباجي : ووجه هذا أن به يتوصل إلى معرفة مصالح البائعين والمشتريين ، ويجعل للباعة فى ذلك من الربح ما يقوم بهم ، ولا يكون فيه إجحاف بالناس ، وإذا سمر عليهم من غير رضى بما لا ربح لهم فيه أدى ذلك إلى إفساد الأسعار ، وإخفاء الأقوات ، وإتلاف أموال الناس ، (٢) .

ففى هذا النص نجد الفقه الإسلامى ممثلاً فى مذهب مالك يسبق إلى الكلام على التسعيرة الودية ، ولجان التسعير المتخصصة ، ومشكلة إفساد الأسعار ، والسوق السوداء وأسباب ذلك وعلاجه . كما نجد الفقه الإسلامى يفرق بين صور ثلاث من التسعير : الصورة الأولى ، تدخل كما قلنا تحت مبدأ

(١) المرجع السابق ٢٣٨ .

(٢) الطرق الحسكية ٢٣٧ .

المنافسة غير المشروعة وذلك إذا باع التاجر بسعر أقل مما عليه جمهور التجار ، والصورة الثانية ، هي تحديد سعر لا يبيع العامة بأقل منه ، أى سياسة عامة للأسعار مقدماً ، دون أن تكون هناك ضرورة أملت هذا النظام العام مقدماً . ويرى ابن القيم أن المالكية يرون ذلك مصلحة أيضاً مع القيود التى سبق أن ذكرها ابن حبيب ، من اللجان المتخصصة ، إلى الموازنة بين العرض والطلب حتى يكون التسعير محققاً ربحاً مجزياً للتاجر ، فلا يتلاعب بالأسعار ويخفى السلع وتكون السوق السوداء التى ضررها أشد من ضرر ترك التسعير ، والصورة الثالثة القرارات الفردية فى حالات الضرورة ، وبالنسبة لوقائع خاصة ، وذلك إذا امتنع أحد من يبيع ما يجب عليه بيعه للمصلحة ، وهذا لا محل للخلاف فيه ، وهو أن الشخص يؤمر بالبيع بالسعر العدل ، وتفرض عقوبة للمخالف .

وبذلك يكون الفقه الإسلامى قد عالج مشكلة تحديد الأسعار والاجور ، وساعات العمل ، والبيع الإجبارى ، وعقوبة المتلاعبين بأقوات المسلمين علاجاً حاسماً .

ومن تطبيقات هذا الأصل منع المنافسة غير المشروعة فقد أفتى الحنابلة أيضاً بالمنع من كل صور المنافسة غير المشروعة ، والتى تؤدى إلى التحكم فى أقوات الناس ، وتمنع من المنافسة الحرة فى التجارة يقول ابن القيم (١) :

« ومن أقبح الظلم لإيجار الحانوت على الطريق أو فى القرية بأجرة معينة على الأبيع أحد غيره ، فهذا ظلم حرام على المؤجر والمستأجر ، وهو نوع من أخذ أموال الناس قهراً ، وأكلها بالباطل ، وفاعله قد تحجر واسعاً ، فيخاف عليه أن يحجر الله عليه رحمته كما حجر على الناس فضله ورزقه . »

ومن ذلك أن يلزم الناس ألا يبيع الطعام أو غيره من الأصناف إلا أناس معروفون فلا تباع تلك السلع إلا لهم ، ثم يبيعونها بما يريدون ، فلو باع غيرهم ذلك منع وعوقب فهذا من البغى في الأرض والفساد والظلم ، وهؤلاء يجب التسعير عليهم ، وألا يبيعوا إلا بقيمة المثل ، ولا يشتروا إلا بقيمة المثل بلا تردد في ذلك عند أحد من العلماء (١).

« ومن ههنا منع غير واحد من العلماء كآى حنيفة وأصحابه القاسمين الذين يقسمون العقار وغيره بالأجرة أن يشتركوا ، فإنهم إذا اشتركوا والناس يحتاجون إليهم أغلوا عليهم الأجرة ، قلت : وكذلك ينبغي لو إلى الحسبة أن يمنع مفلسى الموتى والخالين من الاشتراك لما فى ذلك من إغلاء الأجرة عليهم وكذلك اشتراك كل طائفة يحتاج الناس إلى منافعهم كالدالين وغيرهم ... والمقصود أنه إذا منع القاسمون ونحوهم من الشركة لما فيه من التواطؤ على إغلاء الأجرة فنع البائعين الذين تواطأوا على ألا يبيعوا إلا بثمن مقدر أولى وأحرى . وأيضاً فإذا كانت الطائفة التى تشتري نوعاً من السلع أو يبيعها قد تواطأوا على أن يهضموا ما يشترونه . بحيث يشترونه بدون ثمن المثل ، ويبيعون ما يبيعونه بأكثر من ثمن المثل ، ويقتسموا ما يشتركون فيه من الزيادة كان إقرارهم على ذلك معاونة لهم على الظلم والعدوان ... ولا ريب أن هذا أعظم عدواناً من تلقى السلع وبيع الحاضر للبادى .

فهذه صور ثلاث تقتضى المصلحة المنع منها ، اشتراط عدم المنافسة فى عقد الإيجار أو البيع ، فذلك شرط باطل وفعل محرم ، ويعاقب من يلجأ إلى هذه الطريقة من تقبيد حرية التجارة والمنافسة الشريفة .

والصورة الثانية : الاتفاق بين طائفة معينة على احتكار خدمة من الخدمات ، وتقاضى أجر معين فى مقابل الخدمة التى يؤديها كل فرد من هذه الطائفة ، وذلك على حساب من يحتاجون إلى خدمات هذه الطائفة ، فلو أن أطباء العيون اتفقوا فيما بينهم على أن يتقاضى الطبيب عشرين جنياً نظير الكشف على مريضه ، فإن هذا الاتفاق باطل ، ومعصية فيها عقوبة تعزيرية . وكذلك الحال فى كل طائفة يحتاج الناس إلى خدماتها .

والصورة الثالثة اتفاق منتجى سلعة معينة ، أو من يتعاملون فيها بالبيع أو الشراء ، على البيع أو الشراء بثمان معين ، لإضراراً بمن يتعاملون معهم وهذا فعل غير مشروع لما فيه من الإضرار بالعامّة ، فيجب أن يمنع منه ولى الأمر ، وأن يفرض العقوبة جزاء لسكل من يحاول أن يلجأ إليه لاستغلال حاجة المسلمين . بل إن بعض الفقهاء كأنى حنيفة يمنع الذريعة إلى هذا التواطؤ ، ويقيم مظنة الاتفاق مقام الاتفاق ، وذلك بالمنع من الشركة بين أفراد الطائفة الواحدة ، وذلك لأن هذا الاشتراك وإن لم يكن قاطعاً فى الدلالة على التواطؤ ، إلا أنه غالباً ما يقصد به ذلك .

وهذه هى صور المنافسة غير المشروعة والاحتكار الممنوع الذى نصت القوانين الحديثة على منعها ، والعقوبة عليها ، وبذلك يكون الفقه الإسلامى قد وضع أساس نظام تجارى واقتصادى يضارع أحدث النظم التى لجأت إلى تجريم مثل هذه الأفعال .

٨ — ولقد رأينا ابن رجب يذكر عدة فتاوى فى الفقه الحنبلى ، منهاها مصالح ملائمة لجنس تصرفات الشرع ، وإن لم يوجد نص يشهد لعين كل منها بالاعتبار . والجنس الذى ترجع إليه هذه الفتاوى هو ما ثبت فى الشرع ، ودلت عليه تصرفاته ، من أن الشخص مقيّد فى استعمال حقه بعدم الإضرار بالغير ، فإذا ترتب على استعمال حقه الجائز له بمقتضى الشرع ، إلحاق

الضرر بالغير ، فإنه يمنع من استعمال حقه أو على الأقل يلزم بتعويض الغير عما أصابه من ضرر نتيجة استعماله لحقه . وذلك أن كل من له حق مقرر بمقتضى الشرع ، فإنه يقيد فى استعماله برعاية مصالح الغير ، فعليه أن يستعمل هذا الحق بالطريقة ، وفى الظروف التى لا يلحق الغير منها ضرر ، وإليك مايقوله ابن رجب الحنبلى فى تقرير الأصل السكلى ، أو المجلس الذى تدخل المصالح المرسله نحتة . يقول (١) : « التفاسخ فى العقود الجائزة متى تضمن ضرراً على أحد المتعاقدين أو غيرهما من له تعلق بالعقد ، لم يجز ، ولم ينفذ ، إلا أن يمكن استدراك الضرر بضمان أو نحوه فيجوز على ذلك الوجه . »

فأنت تراه يطبق أصل منع الشخص من اساءة استعمال حقه على حق أحد المتعاقدين فى فسخ العقد الجائز ، ويرى أنه وإن كان للعائد الحق فى أن يفسخ العقد ، إلا أنه ليس له أن يفسخه متى شاء ، وكيف شاء ، ولو ترتب على هذا الفسخ فوات مصلحة للعائد الآخر ، أو لشخص ثالث يؤدى الفسخ إلى الإضرار بمصالحه ، وذلك لأن استقرار نصوص الشريعة يفيد أن الشارع يقصد المنع من الجائز إذا كان يؤدى إلى الحرام ، والإضرار بالمسلم حرام ، ويجب التنبيه إلى أن صاحب الحق كان يمكنه أن يستعمله بطريقة لا تضر العائد الآخر ولكنه اختار الطريقة التى تضر غيره ، فكأنه قصد الإضرار ، أو على الأقل قصر فى إتخاذ الإحتياطات اللازمة لمنع الإضرار بالغير .

وهذه المصلحة السكلية ، أو الأصل الشرعى ، مأخوذ من نصوص الشريعة ؛ وقد عهد من الشارع الإلتفات إليه ، والتفريع عليه ، فكان على الفقيه أن يفرع على هذا الأصل كل مايجد من الوقائع التى لا يمكن معرفة حكمها من النص لفظاً ، أو من معقوله قياساً ، وهو إذ يفعل فإنما يحقق

مقصداً للشارع لم يعرف من نص واحد ، ولم يؤخذ من أصل معين ، وإنما عرف من مجموع نصوص ، وجملة أدلة . وفي بيان أن هذا الأصل ملائم لتصرفات الشارع يقول ابن رجب (١) :

« وهذا هو الأليق بمذهبنا ، وإنه لا يحل لأحد المتعاقدين في الشركة والمضاربات الفسخ مع كتم شريكه لأنه ذريعة إلى غاية الإضرار ، وهو تعطيل المال عن الفوائد والأرباح ولذلك لا يملك عندنا فسخها ورأس المال قد صار عروضاً .. وحاصله أنه لا يجوز للمضارب الفسخ حتى يفيض رأس المال ، ويعلم به ربه ، لئلا يتضرر بتعطيل ماله عن الربح ، كما ذكر أنه في الفضول أن المالك لا يملك الفسخ إذا توجه المال إلى الربح ، ولا يسقط به حق العامل ، وهو حسن جار على قواعد المذهب في إعتبار المقاصد وسد الذرائع . »

ولقد طبق ابن رجب هذه المصلحة الكلية أو الأصل الشرعى على بعض العقود التي يجوز لأحد العاقدين أن يفسخها ، مقررأ أن الفسخ لا ينفذ في حق العاقد الآخر ، أو الأجنبي الذي يتأثر بالفسخ ، ومن هذه العقود الوكالة في بيع الرهن ، ففي وجهه لا يجوز عزل الوكيل لأن فيه تغريراً للبرتن ، فإذا عزله لم ينزل ، وعقد الجمالة إذا فسخه إنفسخ واستحق العامل أجره المثل ، وطبق ذلك على فسخ عقد المساقاة ، والمزارعة ، والمضاربة ، والشركة ، والوكالة ، بل وقد طبق ذلك على حق الرد المقرر لمصلحة الموضى له .

ففي كل نازلة من هذه النوازل يكون سند الفتوى هو المصلحة المرسله ، وليكنها ، كما قلنا ، مصلحة وإن لم يشهد النص لعينها ، فقد شهد لها أصل كلي ، والأصل الكلي إذا صار قطعياً قد يساوى الأصل المعين ، وقد يربى

عليه بحسب قوة الأصل المعين وضعفه ، كما قرر ذلك فقهاء المالكية ، وعلى رأسهم الشاطبي رضى الله عنه .

٩ - ومن المصالح الكلية التى شهدت لها نصوص الشريعة فى الجملة ، وفرع الحنابلة على وفقها الفروع ، أن من أدى واجباً عن غيره بغير إذنه فله الرجوع بما أنفق إذا تعذر عليه ذلك الإذن . وهذا الأصل لم يشهد له نص معين يمتاز برجوعه إليه ، ولكنه أصل مأخوذ من تصرفات الشارع ، التفت إليه فى التشريع ، وراعه فى تفريع الأحكام . ومن المصالح الجزئية التى تدخل تحت هذه المصلحة الكلية ما يأتى :

إذا قضى عنه ديناً واجباً بغير إذنه فله الرجوع . . . وهو المذهب ، ومنها لو اشترى أسيراً مسلماً حرّاً من أهل دار الحرب ثم أطلقه أو أخرجه إلى دار الإسلام ، فله الرجوع عليه بما اشتراه به سواء إذن له أم لم يأذن ، لأن الأسير يجب عليه افتداء نفسه ليتخلص من الأسر ، فإذا فداه غيره فقد أدى عنه واجباً ورجع به عليه . ومنها نفقة الزوجات والأقارب والبهائم إذا امتنع من يجب عليه النفقة فأنفق عليهم غيره ومنها نفقة اللقطة حيواناً كان أو غيره مما يحتاج فى حفظه إلى مؤنة وإصلاح ، ومنها إنفاق أحد الشريكين على المال المشترك مع غيبة الآخر أو امتناعه ؛ ومنها لو قضى أحد الورثة الدين عن الميت فإنه يرجع على بقية الورثة كل بقدر نصيبه . وهكذا نجد أن الحنابلة اعتبروا هذا الأصل الكلى ، وحكموا فى كل ما تحقق فيه مناهة من الفروع غير المنصوص عليها حكماً يحقق هذه المصلحة . ويلبى تلك الحاجة .

ومن تصرفات الشارع على وفق هذا الأصل أنه أذن للمرتن بأن يركب ويحلب فى مقابل النفقة ؛ فكان الحديث : الرهن يركب بنفقته إذا كان مرهوناً ؛ ولبن الدر يشرب بنفقته إذا كان مرهوناً ، وعلى الذى يشرب ويركب النفقة ، شاهدأ لهذه المصلحة بالاعتبار ودل على أن من أدى واجباً

عن غيره فله الرجوع عليه بمقدار ما أداه عنه . وفي هذا يقول ابن القيم (١)
بعد ذكر هذا الحديث :

« إنه إذا أنفق على الرهن صارت النفقة ديناً على الراهن ، لأنه واجب
أداه عنه ، ويتعسر عليه الإشهاد على ذلك كل وقت واستئذان الحاكم ،
فأجاز له الشارع استيفاء دينه من ظهر الرهن ورده ، وهذه مصلحة
محضة لهما . »

وبذلك يكون الفقه الإسلامى متمثلاً فى الفقه الحنبلى قد توصل إلى
نظرية الإثراء دون سبب التى ظهرت فى الفقه الغربى واضحة المعالم فى أواخر
القرن التاسع عشر عندما قررتها محكمة النقض الفرنسية (٢) . وأصبح قانوناً
بعد ذلك .

ومضمون نظرية الإثراء دون سبب كما قررتها المادتان ١٧٩ ، ١٨٠ من
القانون المدنى المصرى أن « كل شخص ، ولو غير مميز ، يثرى دون سبب
مشروع على حساب شخص آخر ، يلتزم فى حدود ما أثرى به ، بتعويض
هذا الشخص عما لحقه من خسارة . »

والمقصود بالإثراء كل منفعة مادية أو أدبية تقوم بالمال يحصل عليها
المثرى ، سواء أكان ذلك فى صورة مال يكسبه أم فى صورة خسارة يجنيها
فوفاء الدين إثراء لأنه أنقص من الجانب السلمى لذمة المدين ، وإنقاذ الأسير
من الأسر فائدة معنوية رجعت إليه .

ويجب أن يكون هناك افتقار من جانب الشخص الذى يطالب بالتعويض ،

(١) أعلام الموقعين ج ٢ ص ٣٩٢ .

(٢) وذلك فى حكمها الصادرين فى ١٥ يونية سنة ١٨٩٢ : ٦ مارس ١٩١٥ .

وذلك بأن يكون قد دفع مالا أو أدى خدمة كانت هي السبب في إثراء أو نفع الطرف الآخر ، فأما إذا لم يخسر شيئاً ، فلا يرجع بشيء ، فالنظريتان إذن متحدتان في الجملة ، وإن كانت هناك بعض اختلافات في تحقيق مناط هذه النظرية في الفقه الإسلامى عنها في الفقه الوضعى .

١٠ - أخذ الحنابلة من حديث صاحب النخلة التى امتنع من بيعها أو هبتها لصاحب الأرض الذى تضرر من دخوله أرضه ، وإذن النبى عليه السلام لصاحب الأرض بقلع الشجرة . وقوله له إنما أنت مضار ، أن كل من وجب عليه بذل شيء فامتنع منه فإن إذنه يسقط أو يجبره الحاكم على هذا الإذن ، وبذلك صار هذا أصلاً كلياً ومصلحة شرعية شهد لها الشارع بالاعتبار . وإذا كان الأمر كذلك فإن كل مصلحة جزئية تعبر فرداً من أفراد هذه المصلحة الكلية يحكم بها ، ويفرع على أساسها . ومن ذلك :

وضع الخشب على جدار جاره ، إذا لم يضربه ، وقد نص أحمد على عدم إعتبار إذنه فى ذلك . ومنها حجج الزوجة الفرض ، ونص أحمد على أنها لا تحج إلا بإذنه وأنه ليس له منعها ، فعلى هذا يجبر على الإذن لها ، ومنها أخذ فاضل الكلام والماء من أرضه ، هل يقف جواز الدخول إلى الأرض على إذنه أم يجوز بدون إذنه ، وإذا استأذن فلم يأذن سقط إذنه . ومنها بذل الضيافة الواجبة إذا امتنع منها جاز الأخذ من ماله . ولا يعتبر إذنه ومنها إذا طلب منه القسمة التى تلزمه الإجابة إليها - يجبر على ذلك . ومنها إذا امتنع من الإنفاق على بهائم فإنه يجبر على الإنفاق أو البيع ، ومنها الموصى بعقده إذا امتنع الوارث عن عقده أعتقه الحاكم ، ومنها إذا أتاه الغريم يدينه الذى يجب عليه قبضه فأبى أن يقبضه قال فى المغنى يقبضه الحاكم . وتبرأ ذمة الغريم (١) .

فهذه فروع ونوازل لا يؤخذ حكمها من النص لفظاً . ولا من معقول نص بطريق القياس . ولكن هذا الحكم أمله مصلحة ملائمة لجنس المصالح الشرعية . وذلك أنها داخلة تحت جنس اعتبره الشارع في الجملة بغير دليل معين . فهي إذن من المصالح الملائمة .

والخلاصة أن الخبايلة يأخذون بالمصلحة المرسلة فيما لا يمكن معرفة حكمه من النص لفظاً ، أو من معقول النص بطريق القياس ، الذي يشارك فيه الفرع الأصل في عين العلة . وينتقل إليه منه عين الحكم . ولكن المصلحة التي يأخذون بها مصلحة ملائمة لجنس تصرفات الشارع ومتفقة مع أصوله العامة وقواعده الكلية . وبذلك يكون الاستدلال بالمصالح عندهم استدلالاً بالنصوص . وليس بالمصالح التي يراها العقل دون أن يكون لها شاهد من الشرع بالاعتبار .

المبحث الثاني

سد الذرائع والمنع من التحيل

غريب ونعيم :

يعتبر ابن القيم حامل لواء الدعوة إلى سد الذرائع ومنع التحيل . ولقد سبق لنا أن عرفنا رأيه في الحيل الممنوعة عند دراسة قاعدة التحيل في الفقه المالكي . ولقد رأينا أن الفقهاء المالكي والحنبلي يسلكان مسلكاً واحداً في هذا الخصوص . والآن نعرض لما كتبه ابن القيم في سد الذرائع نرى منه أن الفقه الحنبلي يحرص — كالفقه المالكي والشافعي — على سد الذرائع إلى المفاسد . وغلق أبواب الشرور والمضار .

وسوف نقسم هذا المبحث إلى فروع ثلاثة : نجعل الفرع الأول منها في تحديد ابن القيم لقاعدة الذرائع ، أو بعبارة أخرى ، لتعريف التذرع

الممنوع في الفقه الحنبلي . وفي الفرع الثاني نعرض تقسيم ابن القيم للذرائع مع إبداء ملاحظتنا على هذا التقسيم ، وأما الفرع الثالث فنخصصه لطريقة استدلال ابن القيم على قاعدة الذرائع .

الفرع الأول

مضمون قاعدة الذرائع

يشرح ابن القيم قاعدة الذرائع ويبين مضمونها فيقول (١) : « لما كانت المقاصد لا يتوصل إليها إلا بأسباب وطرق تفضي إليها ، كانت طرقها وأسبابها تابعة لها معتبرة بها ، فوسائل المحرمات والمعاصي في كراهتها ، والمنع منها بحسب إفضائها إلى غاياتها ، وارتباطها بها . ووسائل الطاعات والقربات في محبتها والإذن فيها بحسب أفضائها إلى غاياتها ، فوسيلة المقصود تابعة بالمقصود وكلاهما مقصود ، لكنه مقصود قصد الغايات ، وهي مقصودة تهيئ للوسائل ، فإذا حرم الرب تعالى شيئاً وله طرق ووسائل تفضي إليه ، فإنه يحرمها ويمنع منها ، تحقيقاً لتحريمه ، وتثبيتاً له ، ومنعاً أن يقرب حماءه ، ولو أباح الوسائل ، والذرائع المفضية إليه لكان ذلك نقضاً للتحريم ، وإغراء النفوس به ، وحكمته تعالى وعلمه يأنى ذلك كل الإباء ، بل سياسة ملوك الدنيا تأنى ذلك فإن أحدهم إذا منع جنده أو رعيته أو أهل بيته من شيء ، ثم أباح لهم الطرق والأسباب والذرائع الموصلة إليه ، يعد متناقضاً ، ولحصل من رعيته وجنده ضد مقصوده ، وكذلك الأطباء ، إذا أرادوا حسم الداء منعوا صاحبه من الطرق والذرائع الموصلة إليه وإلا فسد عليهم ما يرومون إصلاحه . فما الظن بهذه الشريعة السكاملة التي هي من أعلى درجات الحكمة والمصلحة والكمال ، ومن تأمل مصادرها ومواردها علم أن الله تعالى ورسوله سد الذرائع

المفضية إلى المحارم ، بأن حرمها ونهى عنها ، والذريعة : ما كان وسيلة وطريقاً إلى الشيء . . .

فالذى يؤخذ من هذا النص أمور :

أولاً - أن قاعدة الذرائع ذات شقين :

أحدهما : أن الوسائل إلى المصالح المشروعة مشروعة ، وأن درجة طلب الوسائل إلى المطلوب تكون بحسب قوة الطلب فيه ، فوسيلة الواجب واجبة : ووسيلة المستحب مستحبة ، ووسيلة الجائز جائزة .

ثانيهما . أن الوسائل المفضية إلى المفاسد الممنوعة ، ممنوعة ، وأن الوسائل في درجة المنع فيها ، على حسب درجة المنع في المقاصد التي تؤدي إليها .

ثانياً : أن الذى يعنى ابن القيم فى هذا الموضوع هو الشق الثانى من القاعدة ، وهو أن وسائل المفاسد لها حكم هذه المفاسد فى المنع والحرية ، وأما الشق الأول من القاعدة ، فقد تكفلت به قاعدة مقدمة الواجب التى عبر عنها الأصوليون بأن ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب ، وذكروا فيها مذاهب عدة ، فى حين أن قاعدة الذرائع ترجع إلى قاعدة انحرام المحاسبة بمفسدة راجحة أو مساوية ، وهذه قاعدة متفق عليها فى الجملة بين كتاب الأصول ، من الناحية التى نحن بصددھا ، وذلك أن الأصوليين اتفقوا على أنه إذا ثبت حكم لمصلحة ، وكان ثبوت هذا الحكم لهذه المصلحة يترتب عليه فى بعض الحالات حدوث مفسدة مساوية أو تزيد ، فإن الحكم يكون للمفسدة الراجحة أو المساوية ، وإنما الخلاف فى بقاء المناسبة بين الوصف والحكم مع لزوم المفسدة التى أوجبت منع ترتب هذا الحكم على ذلك الوصف .

فقاعدة المنع من الفعل الذى شرع لمصلحة معينة ، فى حالة ما إذا أدى القول بالمشروعية إلى حدوث مفسدة توازى تلك المصلحة أو تزيد عليها قاعدة اتفق عليها الأصوليون ، وذلك باتفاقهم على أن الحكم فى هذه الحالة لما غلب فى المحل ، وإنما كان الخلاف فى أمر لفظى ، هو هل تبقى المناسبة بين الوصف الذى كان مناطاً لمشروعية الفعل لما يترتب على شرع الحكم عنده من المصلحة ، وبين هذا الحكم ، حتى مع القول بأن حكم المشروعية لا يبقى للزوم المفسدة المساوية أو الراجعة أم لا ؟

وقاعدة الذرائع داخلة تحت قاعدة انحراف المناسبة هذه ، ويبقى بعد ذلك تحقيق مناط هذه القاعدة فى الوقائع التى لانص فيها ، والبحث عما إذا كانت المفسدة فى الفرع راجعة على المصلحة أو مساوية . والفقيه يتبع فى ذلك بعض القواعد التى تهرف الشرع على وفقها ، والتفت إليها فى الأحكام . وذلك كتقديم المصلحة الضرورية على الحاجة ، وكتقديم المصلحة الكلية على الجزئية ، والواقعة على المتوقعة ، والقطعية على الظنية ، وغير ذلك .

ثالثاً : علاقة قاعدة الذرائع بالمصلحة المرسله . قلنا إن المصلحة المرسله هى مصلحة لم يشهد لعينها نص معين ، وإنما دخلت تحت جنس اعتبره الشارع فى الجملة بغير نص معين : وقاعدة الذرائع تعنى أن الفعل المشروع لمصلحة معينة يمنع منه إذا ترتب على تحصيل تلك المصلحة مفسدة مساوية أو تزيد ، وهنا يحكم الفقيه على الفعل بالمنع سداً للذريعة ، وليس هناك نص يشهد لعين هذه المصلحة ، بمعنى أنه ليس هناك نص يشهد للمصلحة القاضية بالمنع من الفعل فى هذه الحالة وإنما المنع من الفعل الجائز إذا كان ذريعة إلى مفسدة يرجع إلى أصل قطعى ، ومصلحة كلية شهدت لها نصوص الشريعة فى الجملة بغير دليل معين .

ومن هنا مثل بعض الكاتنين للمصلحة المرسلّة والذرائع بأمثلة واحدة، وذلك كتضمين الصنّاع، وعدم قبول توبة الزنديق، وقتل الجماعة بالواحد، بل وجمع الناس على مصحف واحد، وذلك باعتبارين، فمن نظر إلى أن المصلحة التي أوجبت الحكم في الواقعة مصلحة مرسلّة عن الأصل الذي يشهد لعينها قال إن المصلحة مرسلّة، ومن نظر إلى أن هذا الفعل مشروع في الأصل لما فيه من المصلحة، ولكن ترتب عليه مفسدة مساوية أو راجحة فنعت منه، أدخله في قاعدة الذرائع، على اعتبار أنها المنع من الجائز إذا كان ذريعة إلى غير الجائز.

ولقد بين أستاذنا الفاضل أبو زهرة العلاقة الوثيقة بين قاعدة الذرائع والمصلحة المرسلّة فقال (١):

« والنظر في هذا الأصل (الذرائع) ينتهي بنا إلى أنه ثبت لتحقيق الأصل السابق، (المصلحة المرسلّة) وهو جلب المصالح، ودفع المفاسد، ما أمكن الدفع والجلب. فإنه لما كان مقصود الشريعة إقامة مصالح الدنيا على طريق تحكّم فيه بحكم الدين المسيطر على الوجدان والضمير، ودفع الفساد ومنع الأذى حيثما كان، فكل ما يؤدي إلى ذلك من الذرائع والأسباب يكون له حكم ذلك المقصد الأصلي، وهو الطلب للمصلحة، والمنع من الفساد والأذى، وأن المقصود بالمصلحة النفع العام، وبالفاسد ما ينزل الأذى بعدد كبير من الناس، ولذلك إذا كان ما هو مباح للشخص من المنافع الخاصة يؤدي الاستمساك به إلى ضرر عام، أو يمنع مصلحة عامة، كان منع الاستمساك سداً للذريعة، وإيثراً للنفعة العامة على الخاصة، فتلقى السلع قبل نزولها في الأسواق، وأخذها للتحكّم في الأسواق بمنوع، لأنه وإن كان في أصله جائزاً، لأنه شراء، أن أجزى كان الناس في ضيق، ولم تستقم

(١) مالك لأستاذنا الفاضل أبو زهرة ٤٠٨.

حرية التعامل ، فيكون في بقاء الإذن ضرر عام فيمنع الأمر لسد الذرائع ،
ويكون المنع عاماً ، ولو كان لبعض المتلقين نية محسبة .

الفرع الثاني

أقسام الذرائع

في هذا الفرع نعرض لتقسيم ابن القيم للذرائع ، مع بيان حكم كل قسم
من الأقسام ، ثم ندفع ذلك بملاحظاتنا على هذا التقسيم .

أولاً — أقسام الذرائع وحكم كل قسم

١ — أقسام الذرائع :

قسم ابن القيم الذرائع بالنسبة لما تؤدي إليه من المفساد أقساماً أربعة :
القسم الأول : وسيلة موضوعة للإفضاء إلى المفسدة ، كشرب الخمر
المؤدي إلى مفسدة السكر ، وكالقفز المؤدى إلى مفسدة الفرية ، والزنا
المفضي إلى اختلاط الأنساب ، فهذه أفعال وأقوال وضعت مفضية إلى
هذه المفساد وليس لها ظاهر غيرها .

القسم الثاني : وسيلة موضوعة للمباح قصد بها التوصل إلى المفسدة وذلك
كن يعقد النكاح قاصداً به التحليل ، أو يعقد البيع قاصداً به الربا ، فهذه
أفعال وضعت مفضية إلى المصالح ، ولكن الفاعل لم يقصد بها تلك المصالح ،
ولما قصد بها الوصول إلى غاية هي في نظر الشارع مفسدة .

القسم الثالث : وسيلة موضوعة للمباح ، لم يقصد بها التوصل إلى المفسدة ،
لكنها مفضية إليها غالباً ، ومفسدتها أرجح من مصلحتها . وذلك كالصلاة في
أوقات النهي . ومسيبة آلهة المشركين بين ظهرانيهم : وتزوين المتوفى عنها

زوجها في زمن العدة فهذه أفعال مباحة في الأصل لما يترتب عليها من المصالح ، ولم يقصد فاعلها بها مفسدة ولكن هذه الأفعال تؤدي في الغالب إلى مفاسد نهى الشارع عنها . وهذه المفاسد راجحة على مصلحة الفعل .

القسم الرابع : وسيلة موضوعة للمباح ، وقد تفضى إلى المفسدة ، ومصلحتها أرجح من مفسدتها ، ومثالها النظر إلى المخطوبة ، والمشهود عليها ، ومن يعاملها ووكالة الحق عند سلطان جائر ، فهذه أفعال مباحة في الأصل ، لأنها تحقق بعض المصالح ، ولم يقصد بها الفاعل مفسدة ، ولكنها قد تؤدي إلى المفسدة ، إلا أن المصالح المترتبة عليها أرجح من المفاسد المتوقعة منها .

٢ - حكم هذه الأقسام :

يرى ابن القيم أن الشريعة جاءت بالمنع من القسم الأول كراهة أو تحريماً حسب قوة إفضائه إلى المفسدة ودرجة هذه المفسدة وجاءت بإباحة القسم الرابع أو استحبابه بحسب قوة أدائه إلى المصلحة ، ودرجة هذه المصلحة . وأما للقسم الثاني والثالث فيقول ابن القيم إنهما محل النظر ، ثم يقطع بأن الشريعة جاءت بالمنع منهما ، عرف ذلك بطريق الاستقرار المفيد للقطع ، وسوف نذكر النصوص الشرعية التي أخذها ابن القيم في استقرار هذه القاعدة عندما نذكر استدلاله على القاعدة .

ثانياً - ملاحظاتنا على هذا التقسيم :

نستطيع أن نجمل ملاحظتنا على هذا التقسيم في نقاط أربع :

أولاً : أن القسم الأول من الذرائع الذي عبر عنه ابن القيم بأنه وسيلة وضحت للإفضاء إلى المفسدة ، ومثل له بالقذف ، والزنا ، وشرب الخمر ، ليس من باب الذرائع ، وإنما من باب المقاصد ، لأن هذه الأفعال متضمنة للفاسد في نفسها ، وليست ذريعة إلى مفسدة أكبر منها . فالزنا مقصد لأنه

يتضمن مفسدة في نفسه ، وليس وسيلة إلى مفسدة أخرى . وكذلك بقية الأمثلة .^١ ولقد رأينا القرافي يجعل هذا القسم من باب المقاصد لا الوسائل فيقول (١):

«وموارد الأحكام على قسمين: مقاصد . وهي المتضمنة للبصالح والمفاسد في أنفسها ، ووسائل ، وهي الطرق المفضية إليها ، وحكمها حكم ما أفضت إليه من تحریم وتحليل ، غير أنها أخفض رتبة من المقاصد في حكمها .»
فهو يجعل الفعل الذي يتضمن المفسدة في نفسه من باب المقاصد لا الوسائل ، وظاهر أن الزنا ، والقذف ومأمعه كذلك لأنها أفعال تتضمن المفاسد في أنفسها ، وليست وسيلة لمفسدة أكبر منها (٢).

ثانياً: القسم الثاني ، وهو الفعل الذي وضع للبصاح ، وقصد به التوصل إلى المفسدة ليس من باب الذرائع ، ولكنه داخل في باب الحيل ، أو الباعث غير المشروع في التصرف .

وتفصيل ذلك أن العاقد أو المتصرف إذا قصد بالعقد أو الفعل المباح المفسدة المحرمة ، فإن هذا القصد حرام ، ويبطل التصرف إذا ثبت هذا القصد وقامت عليه الدلائل الشرعية . فإذا قصد العاقد الربا بعقد البيع ، أو التحليل بعقد النكاح ، أو القتل بالسيف الذي اشتراه ، أو الفجور بالآمة التي استأجرها ، فإن العقد لا يبطل إلا إذا قامت القرائن على هذا القصد ، وليس في العقد نفسه ما يدل على هذا القصد ، أو بعبارة أخرى العقد نفسه لم يجعل مظنة للقصد الممنوع ، فلا بد إذن من إثبات هذا القصد ، فإذا لم يثبت هذا القصد ، فإنه لا محل لإبطال هذا العقد . وليس هذا من باب الذرائع إلى القصد المحرم ، بل إن القصد نفسه قد ثبت بالقرائن أو غيرها من أدلة

(١) الفروق ج ٢ ص ٣٣ .

(٢) انظر ابن حنبل لأستاذنا الكبير فضيلة الشيخ أبو زهرة ٣١٩ .

الإثبات المعتبرة ، وعلى ذلك فلا يقال إن التصرف نفسه ذريعة إلى المفسدة ، ذلك أننا لا نبطل التصرف دائماً ، وإنما في حالة ما إذا قامت الأدلة على القصد غير المشروع والباعث المحرم . ومن ناحية أخرى فإنه لا يقال إن هذا القصد ذريعة إلى مفسدة ، لأنه هو المفسدة نفسها ولم يجعل القصد ذريعة أو مظنة لمفسدة أخرى ، فالقصد هو المفسدة المحرمة .

وعلى هذا فإن القصد غير المشروع هنا يدخل في باب التحيل الذي يحتاج إلى إثبات قصد التحيل إلى المفسدة المحرمة . أو في باب الباعث غير المشروع في التصرف الذي يبطل به التصرف إذا ثبت هذا الباعث ، وكان الآخر على علم بقصد صاحبه .

أما قاعدة الذرائع ففؤاها إقامة مظنة المفسدة مقام المفسدة نفسها ، وبذلك يبطل التصرف دون حاجة إلى إثبات نية سيئة ، أو باعث غير مشروع ، لأن التصرف نفسه مظنة لهذا القصد السيئ والباعث غير المشروع .

فعقد البيع على سلعة بعشرة إلى أجل ، ثم شراؤها قبل هذا الأجل بخمسة نقداً من مشتريها الأول ، باطل دون حاجة إلى إثبات نية الربا بأى دليل من أدلة الإثبات الشرعية . ذلك أن عقد البيع على هذه الصورة مظنة لعقد الربا ، لأنه قد كثر قصد الناس إلى الربا بمثل هذا العقد ، فلا حاجة إذن إلى إثبات أن العاقدين قد قصدا به الربا . بل إنه إذا أثبت المتعاقدان النية الحسنة والقصد الحلال ، وأقاما الحجج على أنهما ما قصدا بهذا العقد إلا المصالح التي شرع لها البيع ، فإن هذا الإثبات لا يعفيهما من إبطال هذا العقد .

وبالمثل ، فإن بيع السلاح في زمن الفتنة باطل دون حاجة إلى إثبات نية المشتري أن يقتل به ، أو علم البائع بهذه النية ، وذلك لأن البيع في مثل هذه الحالة مظنة أن يقصد به المفسدة ، وهي القتل والعدوان .

وكذلك الزوج يطلق زوجته ثلاثاً في مرض موته في ظروف خاصة ،
وبقيود معينة ، فترته ، لأن الطلاق بهذه الصفة وتحت هذه الظروف مظنة
لأن يكون قد اتخذ ذريعة لحرمان الزوجة من حقها في الميراث شرعاً .
فهنا لا تلزم الزوجة بإثبات أن الزوج قصد بالطلاق القرار من الميراث الذي
وجب لها شرعاً ووجدسيه وهو الزوجية ، وتوقف على شرط هو وفاة الزوج
والزوجة على عصمته ، فإول أن يمنع تحقق هذا الشرط بقصد الفرار من
حكم السبب لا بقصد شرعى آخر .

ففي هذه الحالات الثلاث أقام الشارع واقعة معينة مقام القصد ، فإذا
وجدت هذه الواقعة . فإن الشارع يفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس
أن الفاعل قاصد للمفسدة المحرمة . فالبيع على الصورة السابقة واقعة أقامها
الشارع مقام القصد إلى الربا ، وإن لم يثبت هذا القصد ، بل وإن ثبت
عدمه . والطلاق بالقيود المذكورة ، واقعة جعلت قرينة قاطعة لا تقبل
إثبات العكس على أن المطلق قد قصد بالطلاق القرار من الميراث . وكذلك
واقعة بيع السلاح في زمن الفتنة ، وبيع العصير من الخمار ، وقائع جعلت
مظاناً للقصد المحرم ، وإن ثبت عدمه .

في حين أنه في المباح الذي قصد به المفسدة ، لا بد أن تقدم الأدلة على
هذا القصد ، وليست الواقعة نفسها ، أو الفعل نفسه ، قرينة أو مظنة للقصد
المحرم . وإذا كانت هناك بعض الأدلة والقرائن على هذا القصد ، فإنها قرائن
بسيطة تقبل لإثبات العكس ، فإذا رأى القاضى أن المشتري للسيف قد
قصد به القتل من القرائن المحتمة بالصفقة ، فإن للعاقد أن يثبت كذب هذه
القرائن ، ويقيم الأدلة على أنه لم يقصد بالشراء القتل ، في حين أن ذلك
غير جائز للعاقد في بيع العينة ، ولورثة الزوج في مسألة طلاق الفار .
وعلى هذا فإن القصد غير المشروع يبطل التصرف ، فإذا قامت القرائن

على هذا القصد ثبت هذا القصد ، وحكم بالبطلان ، إلا أن بعض القرائن قد تصل إلى درجة من القوة ، تكفى في نظر القاضى للحكم بأن العاقد قد قصد المحرم ، دون أن يطالب من يطلب الإبطال بإقامة دليل معين على هذا البطلان .

على أن لقاعدة الذرائع مجالا أوسع من هذا . فإن هناك بعض الوسائل المشروعة يمنع منها إذا كانت تؤدي إلى مفسدة راجحة ، ولو لم تكن هذه المفسدة هي قصد المحرم كالحالة السابقة ، فسب آلهة المشركين حرام ، لا لأنه مظنة أن يقصد به المسلم سب الله تعالى ، بل لأنه قد يؤدي إلى ذلك السب في الواقع ونفس الأمر ، والقاضى لا يحكم بعلمه لا لأنه ذريعة لأن يقصد به المفسدة ، بل لأن هذا قد يؤدي إليها في العادة . وكذلك الحال في قتل الجماعة بالواحد ، وتضمنين الصناع ، فإن الفعل هنا لم يمنع لأنه مظنة لقصد محرم ، بل لأنه يؤدي في العادة إلى مفسدة نهى الشرع عنها .

وهذا هو الشأن في الأحكام الوضعية كلها ، فإن مبنى الذريعة فيها ليس هو القصد ، بل لما يؤدي إليه الفعل ، ويكون سبباً ووسيلة إليه من المفاسد .
والخلاصة أن القسم الثانى الذى أدخله ابن القيم في باب الذرائع ، ليس من الذرائع ، وإنما يدخل تحت باب الحيل أو القصد غير المشروع . لكن ابن القيم يرى أن الحيل قسم من أقسام الذرائع ، وذلك بخلاف صنيع المالكية الذين يفرقون بين الذرائع والحيل ، والباعث غير المشروع في العقد ، ويرون الأولى ، إقامة مظنة القصد مقام القصد ، أو منع الأسباب إلى المفاسد ولو لم يقصد بها المفاسد ، والثانى : المنع من قصد التحيل الثابت بالقرائن ، والثالث كذلك .

ثالثاً : العلاقة بين اعتبار المقصود من التصرفات ، وقاعدة الذرائع ، والشرط المتقدم .

يرى ابن القيم أن هذه القواعد الثلاث متلازمة ، فمن يسد الذرائع ، يعتبر المقصود في العقود ، ويبطل الشرط متقدماً ومتأخراً ، ومن لم يسد الذرائع ، لم يعتبر المقصود والنيات في العقود والتصرفات ، ولم يعتبر الشرط المتقدم والمتأخر .

وهذه الدعوى غير صحيحة ، ذلك أن الشافعي يسد الذرائع ، ولا يبطل العقود والتصرفات بالقصد المحرم والباعث غير المشروع ، كما تقدم ، لأن الذرائع قسمان ، قسم مبناه أن الواقعة مظنة القصد إلى المحرم ، فالشافعي لأنه لا يرى القصد المحرم مبطلا للعقد ، لا يجعل مظنته مبطله له . فيكون موجب تطبيق قاعدة إعطاء الوسائل حكم المقاصد أن الواقعة التي هي مظنة القصد المحرم ليست باطلة ما دام القصد المحرم نفسه لو ثبت لا يبطله . فإذا ثبت أن مشترى السيف قد قصد أن يقتل به فإن العقد عند الشافعي لا يبطل ، وإن كانت النية غير جائزة ، فإذا كان يبيع السيف في زمن الفتنة مظنة لهذا القصد ، فإن البيع لا يبطل من باب أولى ، وعملاً بقاعدة الذرائع نفسها ، لأن الشيء إذا لم يبطل التصرف فمظنته من باب أولى لا تبطله ، والذريعة تأخذ حكم المتذرع إليه ، وعلى هذا يكون الشافعي قاتلاً بالذرائع ، وليس قاتلاً بأن القصد غير المشروع يبطل التصرف .

والقسم الثاني من الذرائع هو الذي لا يعتمد على قصد الفاعل ، وإنما إلى مال الفعل في مجرى العادات ، طبقاً لقانون الأسباب والمسببات بصرف النظر عن النيات والمقاصد . وذلك كما في تضمين الصانع ، فإن عدم التضمين يؤدي غالباً إلى مفسدة هي أكل مال أصحاب السلع بالباطل ، ولا دخل للقصد في ذلك كما هو ظاهر . وكقتل الجماعة بالواحد ، فإن عدم القتل يؤدي غالباً إلى مفسدة القتل وإتلاف النفوس ، والقصاص ليس فعلاً للشريك ، وإنما هو فعل الحاكم فلا قصد هناك .

والشافعي يأخذ بالذرائع في هذا القسم أيضاً ، ولكن هنا يجعل للوسيلة حكم الغاية إذا كانت الوسيلة مؤدية إلى هذه الغاية في العادة غالباً . ولذلك حكم بقتل الشريك ، وقتل المسكره ، وشهود الزور ، وغير ذلك لأن عدم القصاص ذريعة وسبب لضياع النفوس وسفك الدماء . وقد سبق تفصيل ذلك .

رابعاً : جعل الذرائع التي أقام الأدلة على وجوب سدها ، هي الوسائل التي تقضى إلى المفسدة غالباً ، ومفسدتها أرجح من مصلحتها . وهذا يدل على أمرين :

أولهما : أن الوسائل التي تؤدي إلى المفسدة قطعاً ليست محل خلاف بين الفقهاء ، ولذلك رأى أنه لا حاجة به إلى الاستدلال عليها . وهذا كلام سليم ، وقد سبق أن صرح به الشاطبي ، والقرافي ، ومثله بإلقاء السم في أطعمة المسلمين أو في مياههم ، مع العلم بأنهم يأكلون هذا الطعام ، ويشربون ذلك الماء ، وكذلك حفر البئر في طريق المسلمين مع العلم بسقوط مسلم فيها .

ثانيهما : أن الوسيلة تمنع إذا كان أداؤها إلى المفسدة غالباً ، أما إذا لم يكن غالباً ، فإن الوسيلة لا تمنع ، ولم يفسر لنا ابن القيم المراد بالغالب ، وقال عن القسم الذي لا تمنع فيه الوسيلة ، أنه قد يؤدي إلى المفسدة ، وهذا يشعر بالندرة ، فكان الذريعة لا تسد إذا كان الفعل المباح يؤدي إلى المفسدة نادراً .

ولكن هناك قسم بين النادر والغالب ذكره الشاطبي ، وبين حكمه ولم يتعرض له ابن القيم . وذلك القسم هو ما إذا كان أداء الفعل الجائز إلى المفسدة كثير ، وليس بغالب ولا بنادر فهي مرتبة بين المرتبتين ، وجعل ذلك محل النزاع بين مالك والشافعي ، فمالك يسد هذا النوع ، والشافعي لا يسده ،

وأما قسم الغالب ، فقد قال أنه يشبه قسم الذرائع المنصوصة ، وردد القول فيه بين وجهين ، ورجع وجوب السد فيها .

والذى نرجحه أن هذا القسم أى ما كان أداء الفعل فيه إلى المفسدة كثيراً ، داخل في القسم الثالث أى الغالب ، لأن الأمثلة التى ذكرها ابن القيم فى الاحتجاج بالذرائع معظمها ذرائع منع الشارع منها ، لأنها تؤدى إلى المفسدة كثيراً وأن لم يكن غالباً . وذلك كما فى حرمان القتال من الميراث ، والبيع والسلف وغيرها .

الفرع الثالث

الاستدلال على قاعدة الذرائع

لقد سلك ابن القيم فى الاستدلال على قاعدة الذرائع نفس الطريق التى سلكها الإمام الشاطبى رضى الله عنه . فقرر أن قاعدة الذرائع من القواعد القطعية فى الدين ، وأن الشارع اعتبرها فى التشريع ، وسار عليها فى تفريع الأحكام . وعرفت ملامتها لجنس تصرفات الشارع لا من دليل واحد ، ولا من نص معين ، بل من جملة نصوص ، ومجموع أدلة تفوق الحصر وتفيد فى مجموعها القطع . ولقد قدم تسعة وتسعين دليلاً على صحة استقراره ، وفى كل واحد منها نجد الشارع يمنع من الفعل الجائز لمصلحة إذا كان يؤدى إلى مفسدة راجحة على تلك المصلحة فى بعض الحالات . وسوف أذكر بعض الأدلة التى أخذت فى استقرار القاعدة لئلا ترى منها طريقة الاستدلال ووجه الدلالة على القاعدة^(١) .

١ - قوله تعالى ، ولا تسبوا الذين يدعون من دون الله فيسبوا الله عدواً بغير علم ، فحرم الله تعالى سب آلهة المشركين ، مع كون السب غيظاً

(١) أنظر فى هذه الأوجه لإعلام الموقعين ٣ : ١٤٩ - ١٧١ .

وحمة لله ، وإهانة لأهلهم - لكونه ذريعة إلى سبهم الله تعالى ، وكانت مصلحة ترك مسبته تعالى أرجح من مصلحة سبنا لأهلهم ، وهذا كالتنبيه ، ، بل كالتصريح على المنع من الجائز لئلا يكون سبياً في فعل مالا يجوز .

٢ - قوله تعالى « ولا يضربن بأرجلهن ، ليعلم ما يخفين من زينتهن ، فنعهن من الضرب بالأرجل وإن كان جائزاً في نفسه لئلا يكون سبياً إلى سمع الرجال صوت الخلخال فيثير ذلك دواعي الشهوة منهم إليهن .

٣ - أنه صلى الله عليه وسلم حرم الخلوة بالأجنبية ، ولو في إقراء القرآن ، والسفر بها ولو في الحج وزيارة الوالدين ، سداً لذريعة ما يحاذر من الفتنة وغلبات الطباع .

٤ - أنه عليه الصلاة والسلام حرم الجمع بين المرأة وعمتها ، والمرأة وخالتها . وقال : « إنكم إن فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم ، ، حتى لو رضيت المرأة بذلك لم يجوز ، لأن ذلك ذريعة إلى القطيعة المحرمة .

٥ - أن الله حرم خطبة المعتدة صريحاً ، حتى حرم ذلك في عدة الوفاة ، وإن كان المرجع في انفضاؤها ليس إلى المرأة . فإن إباحة الخطبة قد تكون ذريعة إلى استعجال المرأة بالإجابة والكذب في انفضاء عدتها .

٦ - أن النبي عليه السلام « نهى أن يجمع الرجل بين سلف وبيع ، . ومعلوم أنه لو أفرد أحدهما عن الآخر صح ، وإنما فعل ذلك لأن اقتران أحدهما بالآخر ذريعة إلى أن يقرضه ألفاً ويبيعه سلعة تساوى ثمانمائة بألف أخرى ، فيكون قد أعطاه ألفاً وسلعة بثمانمائة ليأخذ منه ألفين ، وهذا هو معنى الربا ، فنظراً إلى حمايته الذريعة إلى ذلك بكل طريق .

٧ - أن السنة مضت بأنه ليس للقاتل من الميراث شيء ، إما عمداً كما قال مالك ، وإما مباشرة كما قال أبو حنيفة ، وإما قتلاً مضموناً بقصاص أودية أو كفارة ، وإما قتلاً بغير حق ، وإما قتلاً مطلقاً كما هي أقوال في

مذهب الشافعي وأحمد . والمذهب الأول ، وسواء قصد القاتل أن يتعجل الميراث أو لم يقصده فإن رعاية هذا القصد غير معتبرة في المنع وفاقاً . وما ذاك إلا لأن توريث القاتل ذريعة إلى وقوع هذا الفعل ، فسد الشارع الذريعة بالمنع .

٨ - أن السابقين الأولين من المهاجرين والأنصار ورثوا المطلقة المبتدئة في مرض الموت حيث يهتم بقصد حرمانها الميراث بلا تردد ، وإن لم يقصد الحرمان لأن الطلاق ذريعة .

٩ - أن الصحابة وعامة الفقهاء اتفقوا على قتل الجمع بالواحد ، وإن كان أصل القصاص يمنع من ذلك ، لئلا يكون عدم القصاص ذريعة إلى التعاون على سفك الدماء .

١٠ - أن النبي عليه السلام نهى أن تقطع الأيدي في الغزو ، لئلا يكون ذريعة إلى إلحاق الحدود بالكفار ، ولهذا لا تقام الحدود في الغزو .

١١ - أن الحاكم ممنوع من الحكم بعليه ، لئلا يكون ذلك ذريعة إلى حكمه بالباطل ، ويقول حكمت بعلي .

١٢ - أن النبي عليه السلام نهى عن الجلوس بالطرقات ، وما ذاك إلا لأنه ذريعة إلى النظر المحرم ، فلما أخبروه أنه لا بد لهم من ذلك ، قال : أعطوا الطريق حقه ، قالوا : وما حقه ، قال : غصن البصر ، وكف الأذى ، ورد السلام .

١٣ - أنه نهى المرأة أن تسافر بغير محرم ، وما ذاك إلا أن سفرها بغير محرم قد يكون ذريعة إلى الطمع فيها ، والفجور بها .

١٤ - أنه نهى عن الاحتكار ، وقال : لا يحتكر إلا خاطيء ، فإنه ذريعة إلى أن يضيق على الناس أقوانهم ، ولهذا لا يمنع من احتكار لا يضر بالناس .

١٥ — أنه نهى عن منع فضل الماء ، لئلا يكون ذريعة إلى منع فضل الكلاء ، كما علل به في نفس الحديث ، فجعله بمنعه من الماء مانعاً من الكلاء ، لأن صاحب المواشى إذا لم يمكنه الشرب من ذلك الماء لم يتمكن من المرعى الذى حوله .

١٦ — أنه منع المتصدق من شراء صدقته ولو وجدها تباع في السوق سداً لذريعة العود فيما خرج عنه الله ولو بعوضه ... ولا ريب أن في تجويز ذلك ذريعة إلى التحيل على الفقير بأن يدفع إليه صدقة ماله ثم يشتريها منه بأقل من قيمتها .

١٧ — قال الإمام أحمد : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع السلاح في الفتنة ، ولا ريب أن هذا سد لذريعة الإعانة على المعصية ، ويلزم من لم يسد الذرائع أن يجوز هذا البيع كما صرحوا به ، ومن المعلوم أن هذا البيع يتضمن الإعانة على الإثم والعدوان ، وفي معنى هذا كل بيع أو إجارة أو معاوضة تعين على معصية الله كبيع السلاح للكفار ، والبغاة ، وقطاع الطريق ، وبيع الرقيق لمن يفسق به أو يؤاخره لذلك ، أو إجارة داره أو حانوته ، أو خانته لمن يقيم فيها سوق المعصية ... وفي هذا عصر الغنب لمن يتخذة خمرأ ، وقد لعنه رسول الله صلى الله عليه وسلم . هو والمعتصر معاً ، ويلزم من لم يسد الذرائع إلا يلعن العاصر وأن يجوز له أن يعصر الغنب لكل أحد ، ويقول القصد غير معتبر في العقد ، والذرائع غير معتبرة ونحن مطالبون بالظواهر ، والله يتولى السرائر ، وقد صرحوا بهذا ، ولا ريب في التنافي بين هذا وبين سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم .

١٨ — جمع عثمان المصحف على حرف واحد لئلا يكون ذريعة إلى اختلافهم في القرآن .

وإذا كانت قاعدة الذرائع قاعدة مأخوذة من استقراء نصوص الشريعة استقراء يفيد القطع ، فهي تقوم ، في جواز الاستدلال بها ، وقوة هذا الاستدلال ، مقام العام المستفاد من الصيغة كما تقدم . ويكون التفريع على أساسها عملاً بالنصوص التي دلت عليها ، وليست قولاً بالرأى ولا أهمالاً للأدلة الشرعية بغيرها .

ولقد وقع كثير من الكتاب في الخطأ حينما عرضوا المسائل التي أعملت فيها قاعدة الذرائع القطعية في صورة مصالح مرسله أخذ بها في مقابلة النصوص التي تدل على أباحة الوسيلة في الأصل ، وأخذوا من ذلك مسألة جواز الأخذ بالمصلحة في مقابلة النص . ومن الأمثلة التي ذكروها تضمين الصانع ، فقد قالوا إنها مصلحة مرسله قدمت على النص ، ومنها منع النساء من دخول المساجد ، وعدم قبول توبة الزنديق ، وغير ذلك من الفروع السابقة .

والواقع أن المنع من الفعل المباح الذي يؤدي غالباً إلى مفسدة راجعة على مصلحته ، تطبيق للعام المأخوذ من استقراء النصوص ، وبالتالي فهو تطبيق لجملة نصوص شرعية اجتمعت على هذا المعنى حتى أفادت فيه القطع ، فليس معنا إذن مصلحة رآها الفقيه بعقله قدمت على نص شرعي ، هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى فإن الفعل الذي اتخذ ذريعة إلى المفسدة ، إنما كان مباحاً بإطلاق النصوص وعموم الأدلة لما يترتب عليه من المصالح ، وهذه النصوص لم تتعرض لحالة ما إذا كان تحصيل تلك المصلحة يفوت مصلحة أهم ، أو يلزم منه حصول ضرر أكبر . فالعموم والإطلاق للفعل مجرداً عن المفاصل التي يؤدي إليها . وأخيراً فإن كون ما يؤدي إليه الفعل مفسدة إنما عرف بواسطة الشرع نفسه . فعقد البيع مباح بإطلاق النصوص وعموم الأدلة ، فإذا تذرع المكلف بعقد البيع إلى الربا ، فإن كون الربا مفسدة ليس حكماً بالعقل ، وإنما دلت على ذلك النصوص الشرعية . فإذا منع البيع في هذه

الحالة ، فإن الذى خصص عموم النصوص المجيزة للبيع هو نص المنع من الربا أولاً ، والعام المأخوذ بطريق الاستقراء من مجموع نصوص الشريعة ثانياً . ومضمون هذا العام أن الفعل المباح إذا أدى غالباً إلى مفسدة راجعة على مصلحته يمنع منه .

والخلاصة أن إعمال قاعدة الذرائع لا تمنى مطلقاً الفتوى بما يراه العقل مصلحة فى مقابلة نص شرعى ، وإنما هو عمل بالنصوص ودقة فى تطبيقها مجتمعة ، كما يقصد الشارع ، وذلك للأسباب الآتية :

١ - الواقعة التى تطبق عليها قاعدة الذرائع ، والتى يحكم فيها الفقيه بالمنع من الفعل المباح لمصلحة لأنه يودى غالباً إلى المفسدة الراجعة ، واقعة غير منصوص على حكمها . أو بعبارة أخرى ، إذا كانت قاعدة الذرائع تقضى بالمنع من الفعل ، فليس هناك نص لا يقبل التأويل يدل على مشروعية هذا الفعل تحت هذه الظروف ، وبذلك القيود ، وأن كانت هناك نصوص تدل على إباحة الفعل مطلقاً ، فآية « وأحل الله البيع وحرم الربا » ، لاتدل نصاً على جواز البيع وحله إذا قصد به الربا ، وإن كان هذا احتمالاً فى الآية . وإنما دلت على أن الأصل فى البيع الحل ، وذلك يفترض أن البيع على الصفة وبالشرط والقيود الواردة فى الشرع .

٢ - المفسدة التى يودى إليها الفعل المباح غالباً مفسدة فى نظر الشارع ، لا فى رأى المجتهد وحده . ويعنى أن المفسدة شرعية أن هناك نصاً دلت على اعتبار الشارع لها مفسدة ، فالربا ، مفسدة شرعية ، فإذا قال المجتهد بمنع البيع الذى قصد به الربا ، بسبب أن هذا البيع يودى إلى مفسدة ، فإن هناك نصاً شرعياً دل على المنع من الربا ، وأنه مفسدة تجتنب ، وهذا النص الذى دل على حرمة الربا ، هو الذى يخصص عموم الخبر الذى أحل البيع .

٣ - وكون الفقيه يسعه أن يفتى بالمنع من الجائز إذا كان ذريعة

للممنوع ، مأخوذ من قاعدة الذرائع القطعية ، والأخذ بها في الواقع تطبيق
لنصوص الكثيرة التي أخذت من استقراء معناها .

٤ — أن عمل الفقيه في تحقيق مناط القاعدة ، وذلك بالتحقق من أن
الفعل يؤدي في العادة إلى المفسدة ، وهذه مهمة يعرفها الفقيه بالتجارب
والخبرات .

• — وأما رجحان المفسدة ، على المصلحة : فإن الفقيه يرجع فيه إلى
تصرفات الشارع ، وما عهد منه في تشريع الأحكام . فهناك قواعد يمكن
الاهتمام إليها في الموازنة بين المصالح المتعارضة . ومن هذه القواعد على
سبيل المثال أن المصالح الضرورية مقدمة على الحاجة . والمصلحة الأصلية
على المكسلة ، وأن مصالح النفس مقدمة على المال ، وأن المصلحة العامة
مقدمة على المصلحة الخاصة ، والقطعية على الظنية ، والواقعة على المتوقعة ،
وأن دفع المفاسد مقدم على جلب المصالح ، والضرر لا يزال ، وما جاز
للضرورة يقدر بقدرها والحاجة تنزل منزلة الضرورة إذا كانت عامة .
وهكذا نجد الفقيه متبعاً لنصوص الشريعة في إعمال قاعدة الذرائع غير خارج
عنها ، فالواقعة لا نص على الحكم فيها عيناً ، والمفسدة عرفت بنص شرعي ،
وكونها أرجح من مصلحة الفعل عرفت من الأصول العامة المستقرأة من
تصرفات الشارع في التشريع ، والفقيه يمنع من الجائز سداً للذريعة لأن
الشارع قاصد لذلك كما عرف من استقراء أحكامه وتتبع نصوصه ، ولم يبق
إلا أن يبحث الفقيه عما إذا كان الفعل المعين يؤدي غالباً إلى المفسدة المعينة
أم لا وهذا يعرفه الفقيه من العادات والتجارب ، وليس يحكم به بطريق
التلذذ والتشهي .

الفصل الثاني

نظرية الطوفى فى المصلحة

ندرس نظرية الطوفى (١) فى المصلحة فى مبحثين ، نعرض فى أولهما مضمون النظرية والأدلة التى قدمها الطوفى لإثباتها ، ونخصص ثانيتها لتقدير هذه النظرية ومناقشة الأدلة التى قدمها الطوفى لإثباتها .

(١) صاحب هذه النظرية هو سليمان الطوفى الذى كثر الكلام حول عقيدته ومذهبه . انظر لمعرفة رأى الكتاب المعاصرين فى مذهب الطوفى وعقيدته ابن حنبل لفضيلة أستاذنا الكبير الشيخ أبو زهرة ، يقول فضيلته : « كان الطوفى إذن شيعياً وأظهر نفسه حنبلياً ، وكان يثبت ما يؤيد به آراء الشيعة ، وأن مهاجته للنصوص ونشر فكرة نسخها بالمصالح هى أسلوب شيعى » . ابن حنبل ٣١١ — ٣١٢ ، مقال للشيخ محمد زاهد السكوتى بعنوان « شرع الله فى نظر المسلمين » . نقله صاحب رسالة المصلحة فى التشريع الإسلامى ١٦٤ يقول السكوتى عن الطوفى أنه « أول من فتح باب الشر » وأن ما قاله « باطل » صادر عن « مضل » ، « فاجر » « ساقط » لا يقول بقوله إلا من هو أسقط منه » ، وأن رأيه فى المصلحة « إلحاد مكشوف » من أعار له سمعاً ، لم يكن له من نصيب من العلم ولا من الدين » « وأن مذهبه ليس غلطاً فقط من عالم حسن النية يحتمل التأويل ، بل فتنة فتع بابها قاصد شر ومثير فتن » ، وراجع الدكتور مصطفى زيد فى رسالة المصلحة فى التشريع الإسلامى ص ١٧٢ حيث يقول سيادته « فإن خطأ (الطوفى) فى الاجتهاد لا يعنى أنه كان متلاعياً بالمذاهب والعقائد ، واتهامه بالتشيع لا يعنى أنه كان شيعياً حقيقة كما رأينا .. مع أن مصنفاته التى أتيح لنا الإطلاع عليها تتحدث بأنه كان عالماً فاضلاً ، حر الرأى ، واسم المعرفة » ، وأنظر الدكتور محمد سعيد فى رسالة ضوابط المصلحة ص ١٤٣ . وفيها ذكر المؤلف خلاصة مفيدة عن عقيدة الطوفى ومذهبه ، وهو يوافق أستاذنا الشيخ أبو زهرة فى أن الطوفى كان شيعياً وليس حنبلياً ، ويرد على الدكتور مصطفى زيد فى دفاعه عن الطوفى وتبرئته له من التشيع والرفض فراجع . وتاريخ هذه النظرية يرجع إلى أوائل القرن الثامن الهجرى . فلقد ذكر الطوفى فى آخر كتابه الأربعين النووية أنه ابتداء فى تأليفه فى يوم ١٣ من ربيع الآخر ، ووقع منه يوم الثلاثاء من نفس الشهر سنة ٧١٣ هـ .

والطوفى لم يضع فى هذه النظرية رسالة مستقلة ، ولم يتحدث عنها فى شىء من كتب الأصول التى نسبت إليه ، وإنما أعلنها فى شرح الأربعين النووية أثناء شرحه لحديث « لا ضرر ولا ضرار » .

المبحث الأول

عرض نظرية الطوفى

وفى هذا المبحث نعرض الأسس التى تقوم عليها نظرية الطوفى فى المصلحة ، ثم الأدلة التى استدل بها على صحتها ، وذلك فى فرعين :

الفرع الأول

الأسس التى قامت عليها النظرية

تقوم نظرية الطوفى فى المصلحة على أسس أربعة :

الأسس الأول : استقلال العقول بإدراك المصالح والمفاسد :
إن أهم ما يميز نظرية الطوفى فى المصلحة عن غيرها من النظريات أن هذه النظرية تفترض أن العقل البشرى يستقل بإدراك المصالح والمفاسد فى نطاق المعاملات والعبادات . يقول الطوفى : « ثم إن الله عز وجل جعل لنا طريقاً إلى معرفة مصالحنا عادة ، فلا نتركه لأمر مهم (يقصد النصوص الشرعية) ، يحتتمل أن يكون طريقاً إلى المصلحة وألا يكون (١) .

ويقول . . . ولا يقال إن الشرع أعلم بمصالحهم فلتؤخذ من أدلته . . .
(لأن) هذا إنما يقال فى العبادات التى تخفى مصالحها عن مجارى العقول والعبادات . أما مصلحة سياسة المكلفين فى حقوقهم فهمى معلومة لهم بحكم العادة والعقل ، فإذا رأينا دليل الشرع متقاعداً عن إفادتها ، علمنا أننا أحلنا فى تحصيلها على رعايتها (٢) .

(١) شرح الأربعين النووية ملحق برسالة المصلحة فى التشريع الإسلامى ٢٣٣ .

(٢) شرح الأربعين النووية ملحق برسالة المصلحة فى التشريع الإسلامى ٢٤٠ .

ولقد خالف الطوفي فقهاء الجماعة في هذا الأساس . فلقد رأينا من «دراستنا السابقة لنظرية المصلحة في فقه الأئمة أن أحداً منهم لم يؤسس نظريته في المصلحة على افتراض أن العقل يستقل بدرك المصالح والمفاسد دون إهتمام بالنصوص الشرعية التي تشهد لنوع المصلحة أو لجنسها بالاعتبار .

الأساس الثاني — المصلحة دليل شرعي مستقل عن النصوص .
أن نظرية الطوفي تقوم على أساس أن المصلحة دليل شرعي مستقل عن النصوص ، ومعنى هذا أن المصلحة لا تعتمد في حجيتها على شهادة النصوص لنوعها أو لجنسها بالاعتبار ، وإنما تعتمد على حكم العقل وحده ، فالمصلحة عند الطوفي تعنى ما يحكم العقل بأنه مصلحة غير مهتد في هذا الحكم بنصوص الشريعة ، وإنما بالعادات والتجارب وحدها .

ولقد عرفنا من دراستنا السابقة أن كل من قالوا باعتبار المصلحة دليلاً شرعياً صرحوا بأن المصلحة تعتمد في دلالتها على النصوص الشرعية ، وأن المصلحة لا يؤخذ بها إلا إذا كانت ملائمة لتصرفات الشارع ، وفسروا هذه الملائمة بالدخول تحت جنس شهدت له النصوص في الجملة ، ومن ثم جاز لنا القول بأن الاستدلال بالمصلحة عند هؤلاء هو استدلال بمعقول النصوص الشاهدة لجنس المصلحة بالاعتبار ، فالمصلحة التي يحتج بها هؤلاء هي المصلحة التي تستمد حجيتها من النص ، لا التي تناكب النص هذه الحجية . أما الطوفي فإنه يفسر المصلحة التي يعدها أقوى الأدلة الشرعية بأنها ما يحكم به العقل وترشد إليه العادات والتجارب ، ومن هذه الناحية يمكن القول بأن الطوفي قد شذ عن فقهاء الجماعة الإسلامية عموماً ، وعن فقهاء المذهب الحنبلي خصوصاً كما قال أستاذنا الجليل فضيلة الشيخ أبو زهرة في كتابه ابن حنبل (١) .

ومما يؤكد أن الطوفى يعنى بالمصلحة التى يحتج بها المصلحة التى يحكم بها العقل وحده أمور :

أولاً : أن الطوفى بعد أن عرف المصلحة بالسبب المؤدى إلى مقصود الشارع ، رفض كل تقسيم للمصلحة ، حاكماً على تقسيمات كتاب الأصول الذين سبقوه بالعيب ، رامياً هؤلاء الكتاب بالتعسف والتسكف (١) . وهذا يعنى أن المصلحة يحتج بها عنده ، دون اشتراط لعدم منافضة النص ، ودون حاجة إلى الملاءمة لجنس تصرفات الشرع أو الدخول تحت الأصول للشرعية التى تشهدها النصوص فى الجملة . لافرق عنده بين المصالح الضرورية والحاجية والتحسينية . وهذه هى المصلحة التى يستقل بها العقل .

ثانياً : اعتراف الطوفى بأن طريقته ليست هى القول بالمصالح المرسلة التى يقول بها مالك . يقول : « واعلم أن هذه الطريقة التى ذكرناها ... ليست هى القول بالمصالح المرسلة على ما ذهب إليه مالك ، بل هى أبلغ من ذلك ، وهى التعديل على النصوص والإجماع فى العبادات والمنقدرات ، وعلى اعتبار المصالح فى المعاملات وباقى الأحكام » (٢) .

فإذا كانت المصلحة المرسلة التى يقول بها مالك رضى الله عنه ، هى المصلحة الملائمة لجنس اعتبرته النصوص فى الجملة ، وكانت المصلحة بهذا المعنى طريقة من طرق الاستدلال بالنصوص ، وكان الطوفى يصرح بأن طريقته ليست هى القول بالمصالح المرسلة ، كانت المصلحة التى يقول بها هو هى المصلحة التى يستقل العقل بها ، دون أهتداه بنصوص الشريعة التى تشهد لنوعها أو لجنسها بالاعتبار ، أو بعبارة أخرى ، هى المصلحة المقابلة للنص ، لا المعتمدة عليه . ومن ثم كان القول بأن المصلحة تخص النص

(١) راجع ما سبق .

(٢) شرح الأربعين النووية ملحق برسالة المصلحة فى التشريع الإسلامى ٢٣٠ .

عند الطوفي يعني ترك النص لما يحكم به العقل ، وقد رفض المالكية حكم العقل المجرد ، وسموه مصلحة غريبة

ثالثاً : اعتراف الطوفي بأن الطريقة التي جاء بها تخالف ما كانت عليه الأئمة الإسلامية من أول الإسلام إلى حين قال بها : يقول : « فان قيل . هذه الطريقة التي سلكتها إما أن تكون خطأ فلا يلتفت إليها ، أو صواباً . فإما أن ينحصر الصواب فيها أم لا ، فإن انحصر لزم أن الأئمة من أول الإسلام إلى حين ظهور هذه الطريقة على خطأ ، إذ لم يقل بها أحد منهم ، وإن لم ينحصر فهي طريقة جائزة من الطرق ، لكن طريق الأئمة التي انفقت الأئمة على اتباعها أولى بالمتابعة ، لقوله عليه السلام . « اتبعوا السواد الأعظم ، فإن من شذ شذ في النار » — فالجواب أنها ليست خطأ لما ذكرنا عليها من البرهان ، ولا الصواب منحصر فيها قطعاً ، بل ظناً واجتهاداً وذلك يوجب المصير إليها ، إذ الظن في العرفيات كالقطع في غيرها . وما يلزم من هذا من خطأ الأئمة فيما قبله لازم على كل ذي رأى أو طريقة انفراد بها غير مسبوق إليها ، والسواد الأعظم الواجب اتباعه هو الحق والدليل الواضح ، وإلا لزم أن يتبع العلماء العامة إذا خالفوهم ، لأن العامة أكثر ، وهم السواد الأعظم (١) .

فإذا كان الطوفي يصرح بأن نظريته في المصلحة تخالف ما أجمعت عليه الأئمة ، وسار عليه الأئمة الأربعة ، ومن سبقهم ، وجاء بعدهم من المجتهدين ثم رأينا أنه يؤكد أكثر من مرة أن تقديم المصلحة على النص والإجماع إنما يكون بطريق التخصيص والبيان لهما ، لا بطريق الافتئات عليهما أو التعطيل لهما ، ويصرح بأن فرض تخالف المصلحة المحققة ، والنص القاطع فرض باطل وغير متصور ، ثم رأينا بعض الكتاب يفسر مذهب المالكية والغزالي

بأنهم يقدمون المصلحة على النصوص الظنية من جهة المتن أو السند ، كان لا مناص من المصير إلى أن وجه المخالفة بين نظرية الطوفى ، وما سارت عليه الأمة قبله ، هو أن الطوفى يعنى بالمصلحة حكم العقل المجرد ، فى حين أن مالسكا والغزالى يقصدان بالمصلحة ما يدخل تحت أصل كلى شهدت له النصوص فى الجملة كما سبق .

الأساس الثالث : مجال العمل بالمصلحة هو المعاملات والعادات .
دون العبادات .

يرى الطوفى أن المصلحة إنما يؤخذ بها كدليل شرعى فى مجال المعاملات . والعادات ، أما العبادات والمقدرات . فإن المصلحة لا تصلح دليلا فيها ، بل المتبع فيها النص والإجماع وبقية الأدلة الشرعية فىقول . « إن الكلام فى أحكام الشرع إما أن يقع فى العبادات والمقدرات ونحوها . أو فى المعاملات والعادات وشبهها . فان وقع فى الأولى اعتبر فيه النص والإجماع ونحوهما من الأدلة ، (١) .

ويقول : « وإنما اعتبرنا المصلحة فى المعاملات ونحوها دون العبادات . وشبهها . لأن العبادات حق للشارع خاص به . ولا يمكن معرفة حقه كما وكيفاً وزماناً ومكاناً إلا من جهته . فىأتى به العبد على ما رسم له ، (٢) .

فأساس التفرقة إذن بين العبادات والمعاملات يرجع - فى نظر الطوفى - إلى أن الشارع قد قصد العبادات لحق نفسه . وقصد المعاملات لنفع العباد . ومن ثم فهو أدرى بحقه فى العبادات لأن هذا الحق لا يعرف كما وكيفاً وزماناً ومكاناً إلا من جهته . وذلك باتباع النصوص التى ضمنها الشارع

(١) شرح الأربعين النووية للطوفى ، ملحق برسالة المصلحة فى التشريع الإسلامى ص ٢٣٥ .

(٢) المرجع السابق ص : ٢٤٠ .

قصده وإرادته . وأما في المعاملات فالعباد أدرى بمصالحهم . ومن ثم كان لهم تحصيل هذه المصالح وإن خالفت نصوص الشارع .

ولقد رأينا أن الشاطبي المالكي يؤكد أن نطاق العمل بالمصالح المرسلة هو العادات والمعاملات دون العبادات . وبذلك يكون الطوفي موافقاً للمالكية من هذه الناحية . مع فارق كبير في نوع المصلحة التي يأخذ بها كل منهم قد سبق بيانه .

الدعوى الرابعة - المصلحة أقوى أدلة الشرع .

من أهم الأسس التي تقوم عليها نظرية الطوفي في المصلحة أن المصلحة أقوى الأدلة الشرعية على الإطلاق . ومن ثم لم يقف الطوفي عند حد القول بأن المصلحة حجة إذا فقد النص والإجماع على عين الحكم في النوازل التي يراد معرفة حكم الشرع فيها . ولكنه قرر أن المصلحة قد تعارض نص الكتاب والسنة . وتخالف الحكم الذي أجمع عليه المجتهدون في الأمة الإسلامية . وهو يرى أن الطريق لحل هذا التعارض وإزالة ذلك التخالف هو تقديم المصلحة على النص والإجماع بطريق التخصيص والبيان لا بطريق التعطيل والافتئات فيقول : « وهذا يقتضى تقديم مقتضى هذا الحديث على جميع أدلة الشرع . وتخصيصها به في نفي الضرر وتحصيل المصلحة . لأننا لو فرضنا أن بعض أدلة الشرع تتضمن ضرراً - فإن نفيها بهذا الحديث كان عملاً بالدليلين . وإن لم ننفه به كان تعطيلاً لأحدهما . وهو هذا الحديث . ولا شك أن الجمع بين النصوص في العمل بها أولى من تعطيل بعضها » (١) . ثم يعدد أدلة الشرع المتفق والمختلف عليه منها ويقول : « وهذه الأدلة ... أقواها النص والإجماع . ثم هما إنما أن يوافقا رعاية المصلحة

(١) شرح الأربعين النووية للطوفي - ملحق برسالة المصاحبة في التشريع الإسلامي ٢٠٨ .

أويخالفها . فإن وافقها فيها ونعمت ولا نزاع إذ قد اتفقت الأدلة الثلاثة على الحكم : النص والاجماع ورعاية المصلحة المستفادة من قوله عليه السلام « لا ضرر ولا ضرار » . وإن خالفها وجب تقديم رعاية المصلحة عليهما . بطريق التخصيص والبيان لهما . لا بطريق الافتتات عليهما والتعطيل لهما ، كما تقدم السنة على القرآن بطريق البيان ، (١) .

فترض التخالف والتعاند إذن بين المصلحة والنص أو الإجماع فرض لا يرى الطوفي فيه بعداً . بل هو يصرح بإمكانه ثم يرسم الطريق لإزالته فيقول « وإن خالفها وجب تقديم رعاية المصلحة عليهما ، بطريق التخصيص والبيان لهما لا بطريق الافتتات عليهما والتعطيل لهما ،

ولكن ما هو النص الذي يفترض الطوفي مخالفة المصلحة له ، ووجوب تقديمها عليه ؟ أهو النص القطعي من جهة السند والمتن ، أم هو النص الذي فأت قطعيته من أحد طرفيه إما متنه أو سنده ؟

إن الإجابة على هذا السؤال تشكل أهم جانب من جوانب نظرية الطوفي في المصلحة ، فإن بعض الفضلاء يرى أن موضع النزاع بين الطوفي وفقهاء الجماعة الإسلامية ينحصر في الإجابة على هذا السؤال . ذلك أن فقهاء الجماعة ، في نظر هذا الفاضل ، يقولون بتقديم المصلحة على النص الذي فأت قطعيته من أحد طرفيه ، إما متنه وإما سنده ، دون النص القطعي ، في حين أن الطوفي ، كما يرى سيادته ، يقدم المصلحة على النص الذي توافرت فيه القطعية من جهتيه ، جهة السند والمتن (٢) .

(١) شرح الأربعين النووية للطوفي ، ملحق برسالة المصلحة في التفسير الإسلامي

(٢) راجع ابن حنبل لأستاذنا الفاضل الشيخ محمد أبو زهرة حيث يقول : في بيان موضع النزاع بين الطوفي وبين غيره من الفقهاء الذين ارتضى فضيلته طريقهم أن « موضع النزاع بينه وبين غيره من الفقهاء الذين ارتضىنا طريقهم ، وهم الذين اعتبروا المصلحة الفقهية أصلاً فقهاً =

وهذا يعنى — فى نظر هذا الفاضل — أن الطوفى لو قصر دعواه على وجوب تقديم المصلحة على النص الظنى درن القطعى . لكان موافقاً لفقهاء الجماعة . ولما كان هناك محل للقول ببطلان نظريته فى المصلحة . وهو مالا نسلمه . ذلك أن المصلحة التى يرى المالكية وغيرهم تقديمها على النص الظنى . على فرض قولهم بذلك . هى المصلحة الملائمة لجنس تصرفات الشرع ، والتى تدخل تحت أصل قطعى شهدت له النصوص فى الجملة . فالمقدم على النص الظنى . والمخصص له فى الواقع ونفس الأمر هو النصوص الشرعية الشاهدة لجنس المصلحة بالاعتبار . وليست مصلحة غريبة يحكم بها العقل ، فإن هذه المصلحة قد صرح شيوخ المالكية وغيرهم أنها لا تصلح دليلاً فى التشريع فضلاً عن أن تقدم على النصوص الشرعية . أما المصلحة التى يزعم الطوفى أنها حجة ، فهى المصلحة التى تعتمد على حكم العقل . ولا تشهد لها النصوص بأى نوع من أنواع الشهادة كما سبق . فهى المصلحة التى تقابل النص لا التى تعتمد عليه . وقد بينا أن المصلحة بهذا المعنى ليست حجة على الإطلاق . فضلاً عن أن تناكب النصوص هذه الحجة . ولنرجع إلى إجابة السؤال الذى عرضناه . خاصاً بالمقصود من النص الذى يفترض الطوفى مخالفة المصلحة له . وتقديمها عليه .

== قائماً بذاته يؤخذ بها ، وإن لم يكن هناك نص خاص شاهد لها أو لنوعها بالاعتبار فى التعارض بين المصلحة المحققة والنص القاطع فى سنده ، ودلالته ، لقد فرض الطوفى أن التعارض يتحقق ، وأنه يقدم المصلحة على هذا النص ، وقرر المالكيون ، ومن سلك مسلكهم من الخابطة غير الطوفى أن المصلحة ثابتة حيث وجد النص ، فلا يمكن أن تكون هناك مصلحة مؤكدة أو غالبية والنص القاطع يعارضها وهى لا تقف أمام النص الذى جاء عن الشارع ، وثبت ثبوتاً قطعياً لا مجال للنظر فيه ، ولا فى دلالته . أما إذا ثبت الحكم بنص قد ثبت بالظن ، إذ كان الاحتمال فى سنده ، أو كانت دلالته ظنية ، فقد قرر أحمد بن حنبل أن النص أولى بالاعتبار وأما مالك فقد أثر عنه أنه يخص ما ثبت بالنظر — بالقياس أن تصافرت شواهد القياس ، واعتمد على أصل مقطوع به ، والمصلحة عنده من هذا الصنف أن ثبت بطريق قطعى وإن كان خبر آحاد يكون ذلك تضعيفاً لتسبته عن طريق الشذوذ فى متنه ، لأنه إن خالف مصلحة راجحة مؤكدة يكون مخالفاً لمجموع الشواهد الشرعية المبنية لطلب المصالح ودفع المضار » ٣٠٧ — ٣٠٨ « .

الذى نراه أن النص الذى يسلم الطوفى إمكان التعارض بينه وبين المصلحة . وبالتالي تقديم الأخيرة عليه . هو النص الظنى . أما النص الذى حصلت فيه القطعية من كل جهة فإن الطوفى يمنع تخالفه مع المصلحة . فضلاً عن أن يقول بتقديم المصلحة عليه .

وسندنا فى هذا رأى هو العبارات التى قدم بها الطوفى مذهبه . وهى فى نظرنا تفيد ، إذا أخذت مجتمعة . أن الطوفى لا يرى فرض التخالف بين المصلحة والنص القطعى واقعاً . ومن ثم وجب تفسير مذهبه فى ضوء هذه الحقيقة . وإليك بعض هذه العبارات :

١ — يقول الطوفى : « فإن فرض عدم احتماله (النص) من جهة العموم والإطلاق ونحوه وحصلت فيه القطعية من كل جهة بحيث لا يتطرق إليه احتمال بوجه — منعنا أن مثل هذا يخالف المصلحة ، فيعود إلى الوفاق وإن كان آحاداً محتملاً فلا قطع وكذا إن كان متواتراً محتملاً أو آحاداً صريحاً لا احتمال فى دلالاته بوجه لفوات قطعيته من أحد طرفيه إمامته أو سنده (١) . فالطوفى يصرح أن المصلحة إنما تخالف النص « لفوات قطعيته من أحد طرفيه إمامته أو سنده » ، أما إذا « فرض عدم احتماله من جهة عموم أو إطلاق » ، وحصلت فيه القطعية من كل جهة ، فإن الطوفى يمنع أن مثله يخالف المصلحة وهذا نص صريح أو كالصريح فى أن الطوفى لا يفرض التعاند والتخالف بين المصلحة والنصوص الشرعية التى توافرت لها القطعية من جهة الدلالة والسند وإن هذا التخالف ممكن ومتصور بين المصلحة ونص ثبت بطريق الظن كخبر الواحد أو الإجماع المنقول بطريق الآحاد أو كان ثبوته قطعياً كالقرآن والخبر المتواتر والإجماع المنقول بالتواتر ولكنه ظنى الدلالة بأن يكون عاماً أو مطلقاً إذ دلالة العام والمطلق عند الجمهور تفيد الظن لا القطع .

(١) شرح الأربعين النووية ملحق برسالة المصلحة فى التشريع الإسلامى ٢٢٢ ، ٣٠ .

حقاً إن الطوفي أطلق القول بوجوب تقديم رعاية المصلحة على النص والإجماع في مواضع بحثه ، دون أن يفرق بين النص القاطع وغير القاطع ولكن هذا لا يؤخذ منه أنه يرى تقديم المصلحة على النص القاطع وذلك للأسباب الآتية :

١ — لأن ما أطلقه الطوفي في مواضع من بحثه قيده في عبارته السابقة حيث قرر أن ما حصلت فيه القطعية من كل جهة لا يخالف المصلحة وإنما يخالفها النص الذي فاتت فيه القطعية من أحد طرفيه إما متنه أو سنده .

٢ — في كل موضع أطلق فيه تقديم المصلحة على النص بين المراد من هذا التقديم بما يفيد ويؤكد أن النص الذي تقدم عليه المصلحة هو نص ظني الدلالة ، أي فاتت قطعيته من جهة متنه وهاك بعض هذه العبارات :

يقول : إن معنى لا ضرر ولا ضرار ، نفي الضرر والمفاسد شرعاً ، وهو نفي عام إلا ما خصه الدليل ، وهذا يقتضي تقديم مقتضى هذا الحديث على جميع أدلة الشرع ، وتخصيصها به في نفي الضرر وتحصيل المصلحة ^(١) . ويقول : إن النص والإجماع إن خالفا المصلحة ، وجب تقديم رعاية المصلحة عليهما ، بطريق التخصيص والبيان لهما ، لا بطريق الافتثات عليهما والتعطيل لهما ^(٢) .

فأنت تراه بعد أن يذكر وجوب تقديم المصلحة على النص يردفه بقوله إن هذا التقديم إنما هو بطريق التخصيص والبيان ، وليس بطريق التعطيل والافتثات ، ومعنى هذا أن المصلحة إنما تعارض النص العام أو المطلق . وحيث إن دلالة العام أو المطلق ظنية عند جمهور الفقهاء ^(٣) فإن الطوفي

(١) المصلحة في التشريع الإسلامي ص ٢٠٨ .

(٢) المرجع السابق ص ٢٩٩ .

(٣) انظر في بيان أن العام ظني الدلالة رأى كتاب الأصول فيما يأتي :

يقول الأستاذ في باب التعادل والترجيح « الثاني أن يكون أحدهما (أى الدليلاين) أخص من الآخر مطاقاً فحينئذ يرجح الخاص على العام ، ويعمل بهما معاً بين الدليلاين ... ولا فرق في »

يكون قائلاً بمعارضة المصلحة لنص ظني الدلالة ، أما إذا كان النص خاصاً فالمصلحة لا تعارضه ، لأن دلالة الخاص قطعية باتفاق الفقهاء ، وهو ما يعنيه الطوفي بقوله « لا بطريق الافتئات عليهما والتعطيل لهما ، لأنه لا معنى للقول

== ذلك بين أن يكون الخاص مظنوناً والعام مقطوعاً به أم لا ، كما قاله في الحصول ، لأن تخصيص المعلوم بالمظنون جائز على الصحيح (نهاية السؤل ج ٤ ص ٤٦٣) .
ويقول الشيخ بخت في تعليقه عليه « وعند الشافعية دلالة العام ظنية بخلاف الخاص فإن دلالاته قطعية ، فيكون الخاص مخصصاً للعام مطلقاً » . نهاية السؤل ج ٤ ص ٤٦٢ حاشية رقم ٢ .

ويقول الشوكاني في إرشاد الفحول « فعند الشافعية يبني العام على الخاص لأن ما تناوله الخاص متيقن وما تناوله العام ظاهر مظنون والمتيقن أولى » إرشاد الفحول ص ١٦٣ وأنه « قد قرر أن الخاص أقوى دلالة من العام والأقوى أرجح » . إرشاد الفحول ص ١٦٣ .
ويقول مستدلاً بالجمهور على تقديم الدليل الظني كالقياس وخبر الواحد على عام القرآن والخبر المتواتر ، وهما يفيدان القطع من حيث الثبوت « أن العموم وخبر الواحد دليلان متعارضان ، وخبر الواحد أخص من العموم ، فوجب تقديمه على العموم » إرشاد الفحول ص ١٦٣ . وإن دلالة العام على إفراذه ظنية لا قطعية فلا وجه لمنم تخصيصه بالأخبار الصحيحة الأحادية إرشاد الفحول ص ١٥٨ .

ويحكي دليل الجمهور على تقديم القياس وهو دليل ظني على عام الكتاب والحديث المتواتر ، وهما قطعيان في السند فيقول : « واحتج الجمهور بأن العموم والقياس دليلان متعارضان ، والقياس خاص فوجب تقديمه ، وبهذا تعرف أنه لا ينهض احتجاج المانعين بقولهم لو قدم القياس على الخبر لزم تقديم الأضعف على الأقوى ، وأنه باطل ، لأن هذا التقديم إنما يكون عند إبطال أحدهما بالآخر فاما عند الجمع بينهما ، وإعمالهما جميعاً فلا » . إرشاد الفحول ص ١٥٩ .
ويقول صاحب التنقيح (هو القاضي صدر الشريعة عبد الله بن مسعود الحبوبي البخاري الحنفى المتوفى سنة ٧٤٧) « لكن عند الشافعي رحمه الله تعالى هو (أى العام) دليل فيه شبهة فيجوز تخصيصه بخبر الواحد والقياس ، لأن كل عام يحتمل التخصيص وهو شأنه فيه » . شرح التلويح على التوضيح لمن التنقيح ج ١ ص ٣٩ . ويقول صاحب التلويح : (هو عبد الدين مسعود ابن عمر التفتازانى الشافعي المتوفى سنة ٧٩٢) وعند الشافعي يخص العام بالخاص في الواقع لأنه ظني ، والخاص قطعي فلا يثبت حكم التعارض » .

فإذا كانت دلالة العام والمطلق ظنية والتخصيص للعام والنقييد للمطلق بياناً وليس نسخاً ، نسخ ما قلناه من أن الطوفي إنما يقدم المصلحة على النص الظني دون القطعي ، ولم يكن في مذهبه الباطل متعلق لبعض من جاءوا على قدمه فأعلنوا أن المصلحة تقدم على النص الخاص الذي ليس تحته إلا فرد واحد وأنها ترفع جميع مدلول النص ، وأن ذلك من باب التعطيل للنصوص الشرعية ، وليس من باب النسخ ، مع أن الطوفي لم يذهب في زيفه إلى هذا الحد .

بأن المصلحة تعارض الخاص وتقدم عليه ، إلا التعطيل له والافتئات عليه ؛
إذ دلالة الخاص على معناه دلالة قطعية ، وليس تحته أفراد يخرج بالمصلحة
بعضها ويبقى بعضها ، بل إن تقديم المصلحة عليه لا يعنى إلا النسخ ورفع
جميع مدلوله . والطوفى يحرص فى كل عبارة ذكر فيها تقديم المصلحة على
النص ، على أن يؤكد أن هذا التقديم إنما يكون بطريق البيان أو التخصيص ،
حتى تكون المصلحة معارضة لنص ظنى الدلالة ، وليس بطريق التعطيل
لكل مدلول النص لأنها بذلك تكون معارضة لخاص قطعى الدلالة
لا يمكن تخصيصه أو الإخراج منه .

٣ -- والطوفى يقرر أن الضرر إذا اقتضاه دليل خاص وهو ما يعبر عنه
بأن الضرر مجموع مدلول النص اتبع الدليل ولا عمل للمصلحة ، وذلك لأن
دلالة الخاص قطعية ، وأما إذا اقتضى الضرر دليل عام ، وهو ما يعبر عنه
الطوفى بأن الضرر بعض مدلول النص ، فإن المصلحة تخصص هذا العام لأنه
ظنى الدلالة ، وتخرج بعض مدلوله ، أى الأفراد التى تضمن تطبيق النص
على عمومها عليها ضرراً يربو على المصلحة التى قصد بالنص تحقيقها . وعبارة
الطوفى هكذا : لالحوق ضرر شرعاً إلا بموجب خاص مخصص ،^(١) ويقول
وإنما كان الضرر منتفياً شرعاً فيما عدا ما استثنى ،^(٢) ويقول وتقرير ذلك
أن النص والإجماع إما ألا يقتضيا ضرراً ولا مفسدة بالكلية ، أو يقتضيا
ذلك ، فإن لم يقتضيا شيئاً من ذلك فهما موافقان لرعاية المصلحة ، وإن اقتضيا
ضرراً — فإما أن يكون الضرر مجموع مدلوليهما أو بعضه ، فإن كان مجموع
مدلوليهما فلا بد أن يكون من قبيل ما استثنى من قوله عليه السلام : لا ضرر
ولا ضرار ، وذلك كالحدود والعقوبات على الجنايات ، وإن كان الضرر
بعض مدلوليهما — فإن اقتضاه دليل خاص اتبع الدليل ، وإن لم يقتضه

(١) المصلحة فى التشريع الإسلامى ص ٢٠٧ .

(٢) المرجع السابق ص ٢٠٧ .

دليل خاص وجب تخصيصهما بقوله عليه السلام « لا ضرر ولا ضرار » ،
جمعاً بين الأدلة ، (١) .

فهو يؤكد أنه إذا كان الدليل على الضرر المدعى نصاً خاصاً مخصصاً ،
اتبع النص لأن دلالة الخاص قطعية ، وما ادعى أنه ضرر ليس بضرر في
نظر الشارع . بل هو مطرح ملفى اعتباره في مقابل المصلحة ، المترتبة على
تطبيق النص ، ومثل لذلك بالضرر الذي يصيب الجاني في الحدود والعقوبات ،
ويرى أن مثل هذا الضرر يجب أن يكون مستثنى من أصل منع الضرر
والضرار ، بمعنى أنه ليس بضرر في الواقع ونفس الأمر . والذي دعا الطوفي
إلى استثناء الضرر الذي ثبت بدليل خاص ، أن النص الخاص قطعي ، فتقديم
رعاية المصلحة عليه ، يعنى تقديم المصلحة على النص القاطع ، وهو لا يرى
ذلك جائزاً ، لأنه افتتات على النص ، وتعطيل له ، ونسخ لجميع مدلوله .

وتفرقة بين نص يكون الضرر جميع مدلوله ، ونص يكون الضرر بعض
مدلوله ، وتجويزه تخصيص الثاني دون الأول بالمصلحة ، معناه أن المصلحة
تعارض النص الظني لا القطعي ؛ إذ النص الذي يعتبر الضرر جميع مدلوله
هو نص خاص . ومعنى كون الضرر جميع مدلوله ، أن الضرر المدعى
يترتب على تطبيق النص في جميع الحالات كقطع السارق ورجم الزاني ،
فإن القطع والرجم ضرر وإيلا لمقطع والمرجوم في كل حالة ،
ولا يمكن القول بأن القطع ضرر في حالة ، ونفع في حالة أخرى
بالنسبة إلى المقطوع . وإنما هو إضرار به وإيلا له على كل حال . فيقال
إن النص خاص في هذا الضرر . أى الضرر الذي يصيب المحدود ، أو أن
الضرر جميع مدلول النص ، فلا يمكن رفعه إلا برفع جميع مدلول النص ،
وهذا ليس بتخصيص ولا بيان ، ولا يمكنه افتتات على النص وتعطيل له

يأباه الطوفى كما تصرح به عبارته . فى حين أن النص الذى يكون الضرر بعض مدلوله ، نص عام ، ودلالة العام ظنية على رأى الجمهور ، ومعنى كون الضرر بعض مدلول النص ، أن تطبيق النص فى بعض الحالات يحقق المصلحة المقصودة منه ، دون حدوث ضرر أشد . أو فوات مصلحة أهم ؟ ولكنه فى الحالات الأخرى . لا يترتب على هذا التطبيق تحصيل المصلحة المقصودة منه . أو مع حصول تلك المصلحة . تفوت مصلحة أقوى . أو يحدث ضرر أشد .

الفرع الثانى

أدلة النظرية

وفى هذا الفرع نعرض الأدلة التى قدمها الطوفى على حجبة المصلحة . ثم أدلة تقديمها على النص والإجماع وذلك فى مطلبين :

المطلب الأول

الأدلة على حجبة المصلحة

استدل الطوفى على حجبة المصلحة من جهة الإجمال والتفصيل .

أما دليل الحجبة من جهة الإجمال فهو قوله تعالى : يا أيها الناس قد جاءكم موعظة من ربكم وشفاء لما فى الصدور وهدى ورحمة للمؤمنين . قل بفضل الله وبرحمته فبذلك فليفرحوا هو خير مما يجمعون ، . ودلالة هذه الآيات على حجبة المصلحة من وجوه بينها الطوفى بقوله :

أحدها : قوله عز وجل : قد جاءكم موعظة ، حيث اهتم بوعظهم ، وفيه أكبر مصالحهم ؛ إذ فى الوعظ كفهم عن الردى . وإرشادهم إلى الهدى . الوجه الثانى : وصف القرآن بأنه شفاء لما فى الصدور ، يعنى من شك ونحوه

وهو مصلحة عظيمة. الوجه الثالث والرابع : وصفه بالهدى وبالرحمة ، وفي الهدى والرحمة غاية المصلحة الوجه الخامس : إضافة ذلك إلى فضل الله ورحمته ، ولا يصدر عنهما إلا مصلحة عظيمة ، الوجه السادس : أمره بإياهم بالفرح بذلك . فقوله عز وجل : « فذلك فليفرحوا ، ... » هي في معنى التهنئة لهم ، والفرح أو التهنئة إنما يكونان لمصلحة عظيمة . الوجه السابع : قوله عز وجل « هو خير مما يجمعون » . والذي يجمعونه هو من مصالحهم . فالقرآن ونفعه أصلح من مصالحهم ، والأصلح من المصلحة غاية المصلحة .

ثم قال بعد بيان هذه الوجوه « فهذه سبعة أوجه من هذه الآيات تدل على أن الشرع راعى مصلحة المكلفين واهتم بها ولو استقرت النصوص لوجدت على ذلك أدلة كثيرة ^(١) .

وفي بيان اهتمام الشارع بالمصلحة على وجه التفصيل ذكر الطوفي مقدمة حقق فيها أن أفعال الله معللة بحكم غائية تعود بنفع المكلفين وكما لهم . لا ينفع الله عز وجل ، وأن رعاية المصالح واجبة من الله حيث ألزم التفضل بها . لا واجبة عليه . وبعد هذه المقدمة أخذ في سرد الأدلة التفصيلية على حجية المصلحة فقال إن هذه الأدلة هي الكتاب والسنة والإجماع والنظر .

١ — أما الكتاب فقد ذكر منه قوله تعالى « ولكم في القصاص حياة » ، « والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما » ، « الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة » ، ثم أردف هذه الآيات بقوله « ورعاية مصلحة الناس في نفوسهم ، وأموالهم ، وأعراضهم فيما ذكرنا ظاهرة ، وبالجملة فما من آية في كتاب الله عز وجل إلا وهي تشتمل على مصلحة أو مصالح » .

٢ — وأما السنة فقد استدلل منها بقوله عليه الصلاة والسلام « لا يبيع بعضهم على بيع بعض ، ولا يبيع حاضر لباد ، ولا تنكح المرأة على عمتها أو خالتها ، إنكم إن فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم » ، ثم قال « وهذا ونحوه في

(١) شرح الأربعين النووية ، ملحق برسالة المصلحة في التشريع الاسلامي ٢١٢ .

السنة كثير ، لأنها بيان الكتاب ، وقد بينا اشتغال كل آية منه على مصلحة والبيان على وفق المبين ، (١) .

٣ - وأما الإجماع فقد استدلل به الطوفي على حجية المصلحة فقال : « قد أجمع العلماء - إلا من لا يعتد به من جامدى الظاهرية - على تعليل الأحكام بالمصالح ودرء المفاسد ، وأشهدهم في ذلك مالك حيث قال بالمصالح المرسلة ، وفي الحقيقة لم يختص بهما ، بل الجميع قائلون بهما ، غير أنه قال بهما أكثر منهم . وحتى إن المخالفين في كون الإجماع حجة قالوا بالمصالح ، ومن ثم علل وجوب الشفعة برعاية حق الجار ومصلحته ، وجواز السلم والإجارة بمصلحة الناس ، مع مخالفتها للقياس ، إذ هما معاوضة على معدوم ، وسائر أبواب الفقه ومسائله معلل بالمصالح ، (٢) .

٤ - وأما استدلال الطوفي بالنظر على حجية المصلحة فضمونه أن الشارع راعى مصالح عباده في مبدئهم حيث أوجدتهم على الصورة التي ينالون بها مصالحهم ، ومعاشهم ، حيث هيأ لهم سبل العيش ، ويسر لهم أسباب الحياة . وسخر لهم ما في السموات وما في الأرض جميعاً منه . ومعادهم ، حيث دعاهم إلى الإيمان الموجب لمصلحة المعاد . وهدى السعداء منهم لنيل الثواب الجزيل . قال الطوفي بعد ذلك : « إذا عرف هذا فنالح أن يراعى الله عز وجل مصلحة خلقه في مبدئهم . ومعادهم ومعاشهم . ثم يهمل مصالحهم في الأحكام الشرعية . إذ هي أهم ، فكانت بالمرعاة أولى . ولأنها أيضاً من مصلحة معاشهم ، إذ بها صيانة أموالهم ، ودمائهم ، وأعراضهم ، ولا معاش بدونها ، فوجب القول بأنه راعاها لهم ، وإذا ثبت رعايته إياها لم يجز إهمالها بوجه من الوجوه فإن وافقها النص والإجماع وغيرهما من أدلة الشرع فلا كلام ، وإن خالفها دليل شرعي وفق بينه وبينها بما ذكرناه » من

(١) المرجع السابق ٢١٥ .

(٢) شرح الأربعين النووية ، ملحق برسالة المصلحة في التشريع لإسلامي ٢١٥ .

تخصيصه بها ، وتقديمها بطريق البيان ، (١) .

تلك هي الأدلة التي احتج بها الطوفي على رعاية الشارع لمصالح العباد .
وسنرى أن هذه الأدلة لا تدل على مطلوب الطوفي بل تدل على نقيضه تماماً .

المطلب الثاني

أدلة الطوفي على تقديم المصلحة على النص والإجماع

استدل الطوفي على وجوب تقديم رعاية المصلحة على النص والإجماع
بأدلة ثلاثة :

أولها : أن منكرى الإجماع قالوا برعاية المصالح ، فهم إذن محل وفاق
والإجماع محل خلاف ، والنسك بما اتفق عليه أولى من النسك بما
اختلف فيه .

ثانيها : أن النصوص مختلفة متعارضة ، فهم سبب الخلاف في الأحكام
المذموم شرعاً ، ورعاية المصالح أمر حقيقي في نفسه لا يختلف فيه ، فهو
سبب الاتفاق المطلوب شرعاً ، فكان اتباعه أولى . وقد قال تعالى « واعتصموا
بحبل الله جميعاً ولا تفرقوا » ، « إن الذين فرقوا دينهم وكانوا شيعاً لست
منهم في شيء » . وقال عليه السلام : « لا تختلفوا فتختلف قلوبكم » .

ثالثها : أنه قد ثبت في السنة معارضة النصوص بالمصالح ونحوها في
قضايا منها معارضة ابن مسعود للنص والإجماع في التيمم ، بمصلحة الاحتياط
في العبادة ، ومنها مخالفة الصحابة لقوله عليه السلام « لا يصلين أحد منكم
العصر إلا في بني قريظة » ، إذ صلى بعضهم قبلها وقالوا لم يرد منا ذلك . ومنها
قول النبي صلى الله عليه وسلم لعائشة « لولا قومك حديثو عهد بالإسلام
لهدمت الكعبة وبنيتها على قواعد إبراهيم » وهو يدل على أن بناءها على
قواعد إبراهيم هو الواجب في حكمها فتركه لمصلحة الناس ، ومنها أنه عليه

السلام لما أمرهم بجعل الحج عمرة قالوا : « كيف وقد سميها الحج ؟ وتوقفوا وهو معارضة النص بالعادة . ومنها ما روى أن النبي عليه السلام بعث أبا بكر ينادى : « من قال لا إله إلا الله دخل الجنة ، فوجده ، عمر فرده ، وقال : إذا يتسككوا . . . وهو معارضة لنص الشرع بالمصلحة ، ومنها أن رجلاً دخل المسجد يصلي فأعجب الصحابة سمته فأمر النبي أبا بكر وعمر بقتله فامتنعا وقالوا : « كيف نقتل رجلاً يصلي ، فهذان الشيخان تركا النص ولا مستند لهما إلا استحسان إقباله على العبادة . . وظهر أن تركهما الأمر بقتله إنما كان استحساناً منهما مجرداً وهو من باب معارضة النصوص ونحوها بالمصالح مع أن النبي صلى الله عليه وسلم لم ينكر عليهما ترك أمره ، ولا عاتبهما ، بل سلم لهما حالهما ، وأجاز اجتهداهما ، لما علم من نيتهما وصدقهما في ذلك . ثم قال بعد أن سرد هذه الوقائع : « فكذلك من قدم رعاية مصالح المكلفين على باقى أدلة الشرع بقصد إصلاح شأنهم ، وانتظام حالهم ، وتحصيل ما تفضل الله عز وجل به عليهم من الإصلاح وجمع الأحكام من التفرق ، وامتثالها عن الاختلاف ، فوجب أن يكون جائزاً إن لم يكن متعيناً ، فوجب أن يسكون تقديم رعاية المصلحة على باقى أدلة الشرع من مسائل الاجتهاد على أقل أحواله ، وإلا فهو راجح متعين . كما ذكرنا (١) .

المبحث الثانى

مناقشة النظرية

فى هذا المبحث نناقش أدلة الطوفى على اعتبار المصلحة دليلاً شرعياً ، ثم أدلته على تقديمها على النص والإجماع وغيرهما من أدلة الشرع ، وذلك فى فرعين :

(١) شرح الأربعين النبوية ، ماعق برسالة المصلحة فى التشريع الإسلامى ٢٣٢ .

الفرع الأول

مناقشة أدلة الطوفي على حجية المصلحة

إن الأدلة التي قدمها الطوفي لإثبات أن المصلحة التي يراها العقل مستقلا عن النصوص ، دليل شرعي يقدم على النص والإجماع لا تنتج مطلوبه بل على العكس من ذلك تفيد عكس هذا المطلوب ، وإليك بيان ذلك :

أولاً : دليل الطوفي من جهة الإجمال :

رأينا الطوفي يستدل على مطلوبه من جهة الإجمال بقوله تعالى : يا أيها الناس قد جاءكم موعظة من ربكم . . . الآيات ، ويبين أن هذه الآيات تدل على المطلوب من وجوه سبعة ، من قوله تعالى : قد جاءكم موعظة ، وفي الموعظة إرشادهم إلى المصالح وكفهم عن المفسد ، وهو من أعظم مصالحهم ، ومن وصفه القرآن بأنه هدى ، ورحمة ، وشفاء لما في الصدور من الشكوك ، وهذه كلها مصالح عائدة إلى العباد ، ومن إضافة ذلك لفضل الله ورحمته ، ولا يصدر عنهما إلا ما فيه مصلحة عظيمة ، ومن أمرهم بالفرح وهو في معنى التهنية لهم . والفرح والتهنية إنما يكونان لمصلحة عظيمة . وأخيراً من قوله عز وجل : هو خير مما يجمعون . فجعل القرآن ونفعه أصلح من مصالحهم . والأصلح من المصلحة في غاية المصلحة .

وهذا الدليل كما ترى يفيد أن نصوص القرآن ما جاءت إلا لرعاية مصالح العباد ودرء المفسد والإضرار عنهم . وأن الشارع في كل نص أنزله وفي كل حكم شرعه في هذا القرآن كان يتجه إلى هذه الغاية . وبهذا يكون الطوفي قد اعترف بأن نصوص القرآن تحقق مصالح العباد . وكان عليه أن يسلم ببطلان أو هام العقول ونزعات النفس على خلاف هذه النصوص . بدلاً من أن يجعل هذه الأوهام حاكمة على هذه النصوص بالترك والإهمال .

ثانياً — أدلة الطوفي من جهة التفصيل :

١ — دليل الكتاب : استدلل الطوفي على دعواه بآيات القصاص . وحد السركة والزنا كما رأينا . ثم قال بعد ذلك . « ورعاية مصلحة الناس في نفوسهم وأموالهم . وأعراضهم ما ذكرنا ظاهرة . وبالجمله فإما في آية في كتاب الله عز وجل إلا وهي تشتمل على مصلحة أو مصالح . كما بيناه في غير هذا الموضع ، (١) .

فأنت تراه يؤكد أنه « ما من آية في كتاب الله إلا وهي تشتمل على مصلحة أو مصالح . فكيف ساغ في منطقته أن يقرر بعد ذلك أن نصوص القرآن تتقاعد عن إفادة المصالح بل يزعم أن هذه النصوص تأتي مخالفة للمصالح أحياناً ؟ وكيف جعل هذا الدليل منتجاً لهذه الدعوى ؟ أنه تناقض صارخ . وزيف مكشوف .

٢ — دليل السنة : قدم الطوفي سنداً لدعواه أحاديث النهي عن بيع الحاضر للبادي . وعن نكاح المرأة على عمتها أو خالتها . وعن بيع الرجل على بيع أخيه . ثم أردفها بقوله « وهذا ونحوه في السنة كثير . لأنها بيان للكتاب . وقد بينا اشتغال كل آية منه على مصلحة . والبيان على وفق المبين (٢) .

وهذا أيضاً إقرار منه بأن الشارع لم يغفل مصلحة عباده . وأنه ضمن الأحكام التي جاءت بها نصوص السنة هذه المصالح . وهذا يفيد عدم إهمال نصوص السنة للمصالح . ويعني في ذات الوقت أن هذه النصوص لا يمكن أن تجيء مضادة للمصالح . وهذا عكس ما يدعيه الطوفي ويقدم هذا الدليل لإثباته تماماً .

(١) شرح الأربعين النووية ملحق برسالة المصلحة في التشريع الإسلامي ٢١٥ .

(٢) شرح الأربعين النووية ملحق برسالة المصلحة في التشريع الإسلامي ٢١٥ .

٣ — الإجماع : رأينا أن الطوفى قد استدل بالإجماع على دعواه تقديم رعاية المصلحة على النص والإجماع فقال : إن العلماء قد أجمعوا على تحليل الأحكام بالمصالح ودرء المفساد ، وأن المالكية هم أشد الناس عملاً بالمصالح المرسلة ، وأن منكرى الإجماع قالوا بالمصالح ، وعللوا بعض الأحكام المنهوسة بالمصالح ودرء المفساد .

وهذا الدليل غير منتج لمطلوب الطوفى أيضاً ، إذ مطلوب الطوفى أن نصوص الشريعة تتقاعده عن إفادة المصالح أحياناً . وتأتى مضادة لهذه المصالح أحياناً أخرى ، وأن العقل إذا رأى المصلحة في غير ما جاء به النص أو أجمع عليه علماء الأمة ، وجب تقديم ما يحكم به العقل على مقتضى النص والإجماع . وأين هذا ما أنتجه دليل الإجماع الذى ذكره الطوفى . أن أحداً لم يقل مقالة الطوفى فضلاً عن أن يدعى إجماع العلماء عليها ، أن الإجماع أفاد أن الأحكام الشرعية التى جاءت بها النصوص معلة بالمصالح ودرء المفساد ، وغاية ما يدل عليه هذا أن المجتهد إذا عرضت عليه واقعة لم ينص على حكمها عيناً ، فإنه يعطى هذه الواقعة حكماً يحقق المصلحة التى جاءت هذه الأحكام لتحقيقها . سواء اشتملت الواقعة على نوع هذه المصلحة . أو على مصلحة من جنسها . وهذا عمل بالقياس فى الحالة الأولى . وبالمصلحة الملائمة فى الحالة الثانية . وقد رأينا أن العمل بالقياس والمصلحة الملائمة استدلال بالنصوص الشرعية واقتباس للحكم من معقولها . وليس تركاً لهذه النصوص . ولا تقديماً للحكم العقل المجرد عليها . وإنى لأعجب كيف أخذ الطوفى من إجماع العلماء على تحليل الأحكام المنهوسة بالمصالح ودرء المفساد جواز ترك هذه الأحكام إذا كان حكم العقل يخالفها ؟

وإما استدلاله على دعواه بأخذ المالكية وغيرهم بالمصالح المرسلة فهو استدلال غريب حقاً . فقد صرح الطوفى نفسه بأن نظريته فى المصلحة منبثقة

الصلة بنظرية المصلحة المرسلة عند مالك (١). فكيف جاز في منطقة أن يكون القول بالمصالح المرسلة . وهي مصالح ملائمة تدخل تحت جنس شهدت له النصوص في الجملة . مستلزماً لتقديم المصلحة التي يراها العقل على هذه النصوص ؟ وهل هناك تناقض أبلغ وأوضح من هذا ؟

وما علاقة قول منكرى الإجماع بأن الأحكام التي جاءت بها النصوص الشرعية معللة بمصالح العباد . بدعوى الطوفي ترك هذه النصوص عند مخالفتها لما يرشد إليه العقل من المصالح : أن الذي يعنيه القول بأن الأحكام التي تدل عليها النصوص معللة بالمصالح . هو وجوب التمسك بهذه الأحكام . وعدم الخروج على هذه النصوص . ولو ظن المكلف المصلحة في غيرها .

ومن كل الذي تقدم يظهر لك أن الأدلة التي تقدم بها الطوفي لإثبات دعواه ، لا تدل على صحة هذه الدعوى ، وإنما ، على العكس من ذلك تفيد نقيض هذه الدعوى تماماً . فدعوى الطوفي هي أن نصوص الشريعة تتقاعد عن إفادة المصالح ، وتأتي مخالفة لهذه المصالح أحياناً ، ومن ثم وجب الاعتماد على حكم العقل ، وتقديم ما يعتبره العقل مصلحة على هذه النصوص . والأدلة التي تقدم بها لإثبات هذه الدعوى تفيد أن الشارع الحكيم راعى في أحكامه التي شرعها مصالح العباد في العاجل والآجل ، وأن نصوص الكتاب والسنة قد تكفلت بتحصيل هذه المصالح ، فما من آية في القرآن ، أو حديث في السنة ، إلا وهو يشتمل على أحكام تحقق مصلحة أو مصالح ، وهي قضية تناقض دعوى الطوفي تماماً .

(١) راجع ما سبق .

الفرع الثاني

رد أدلة تقديم المصلحة على النص والإجماع

ذكرنا لك الأدلة الثلاثة التي احتج بها الطوفي لتقديم المصلحة على النص والإجماع ، ونحن الآن نناقش هذه الأدلة ، ونبين ما انطوت عليه من زيف وتناقض وبعد عن قواعد الاستدلال .

الدليل الأول : استدل الطوفي على دعواه وجوب تقديم رعاية المصلحة على الإجماع بأن منكرى الإجماع قالوا برعاية المصالح ، فهم إذن محل اتفاق ، والإجماع محل خلاف ، والتمسك بما اتفق عليه أولى من التمسك بما اختلف فيه . وهذا الدليل باطل لوجوه :

١ - أن بعض منكرى الإجماع كالنظام والشيعة لم يقولوا باعتبار المصالح وبذلك لا يسلم للطوفي أن كل منكرى الإجماع يقولون باعتبار المصالح . أما الشيعة فالمعروف عنهم أنهم لا يرون المصلحة دليلاً في التشريع ، لأنها رأى ، والدين لا يؤخذ بالرأى عندهم ، وإنما يتلقى عن المحصوم . وأما النظام فقد نقل الجاحظ عنه أنه لا يقول بالإجماع لجواز أن تجمع الأمة كله على الضلال عن طريق الرأي والقياس ، فإذا كان لا يؤمن بالإجماع للسبب الذي ذكره فعدم إيمانه برعاية المصالح من باب أولى^(١) .

٢ - سلمنا أن كل منكرى الإجماع يقولون برعاية المصالح ، ولكن كيف يخرج الطوفي من هذا بأن المصلحة محل اتفاق ؟ وهل منكرى الإجماع هم كل المجتهدين في الأمة بحيث إذا قالوا برعاية المصلحة لم يبق في وجوب رعايتها خلاف ؟ ولم لا يجوز أن ينازع في اعتبار المصالح بقية المجتهدين ،

(١) انظر في نقل الجاحظ الانتصار للخطأ المعتزلى ص ٥١ ، نقله صاحب رسالة المصلحة

في التشريع الإسلامى ص ١٥٣ .

هم يمثلون جمهور أهل العلم ، على الرغم من قول شواذ الأمة الرافضين للإجماع بها ؟ . أن هذا النوع من الاستدلال مغالطة مكشوفة لا تخفى على العوام . أن المنكرى الإجماع من النظام والشريعة وغيرهم أن يقولوا ما شاءوا في رعاية المصالح ، إما أن يكون قولهم حجة على بقية الأمة فلا .

٣ - سلمنا مع الطوفى أن رعاية المصالح محل اتفاق بين المنكرين والمعترفين بحجة الإجماع . ولكن ما الذى يستفيد الطوفى من هذا ، وقد صرح هو نفسه بأن المصلحة التى يحتج بها هؤلاء الأئمة وعلى رأسهم مالك رضى الله عنه ، هى المصلحة المرسله ؟ فى حين أن المصلحة التى يقصدها هو ، ويجهد نفسه فى الاستدلال على تقديمها على أدلة الشرع ليست هى المصلحة المرسله على ما يقول به مالك ، بل هى أبلغ من ذلك ، فلم تكن المصلحة التى يقصدها هى التى اتفق الأئمة عليها ، من قالوا بالإجماع ، ومن أنكروه على حد سواء .

٤ - أن هذا الدليل معارض بمثله ، إذ يمكن أن يقال : إن منكرى رعاية المصالح قالوا بحجية الإجماع ، فهو إذن محل وفاق ، ورعاية المصلحة محل خلاف ، والعمل بما اتفق عليه أولى من العمل بما اختلف فيه ، فيقدم الإجماع على رعاية المصلحة . دليلنا على أن بعض من قالوا بحجية الإجماع أنكروا رعاية المصالح بما ذكره الطوفى نفسه ، حيث يقول « فقد أجمع العلماء — إلا من لا يعتد به من جامدى الظاهرية ، على تعليل الأحكام بالمصالح ودره المفاسد » . فالظاهرية لا يقولون برعاية المصالح فى حين أنهم يحتجون بالإجماع^(١) .

(١) راجع ابن حزم فى الأحكام يقول : « لا يجوز الحكم إلا بنص كلام الله تعالى ، ونص كلام النبي صلى الله عليه وسلم ، أو بما صح عنه صلى الله عليه وسلم من فعل أو لإقرار ، أو لإجماع من جميع علماء الأمة كلها متيقن أنه قاله كل واحد منهم ، دون مخالفة من أحد منهم ، أو بدليل من النص ، أو من الإجماع المذكور الذى لا يحتمل إلا وجهاً واحداً » الأحكام لابن حزم ٧ : ٥٥ .

هـ — سلمنا مع الطوفى أن رعاية المصلحة محل اتفاق ، وأن الإجماع ، محل خلاف ، ولكن لا نسلم أن هذا يفيد تقديم رعاية المصلحة على الإجماع ، ذلك أن الاتفاق على رعاية المصلحة نوع من الإجماع ، فما يقال عن الإجماع عموماً يقال عن هذا النوع منه ، فإذا كان الإجماع محل خلاف ؛ فالإجماع على رعاية المصلحة محل خلاف أيضاً لأنه نوع من الإجماع ، فانهاز أساس الطوفى الذى بنى عليه هذا التقديم وهو قوة أحد الدليلين وضعف الآخر . أن الطوفى وهو ينمق زيفه وباطله نسى نفسه فوقع فى التناقض الصارخ ، أنه حاول جاهداً أن يضعف من قوة الإجماع فى الحجية وأن يثبت أنه دليل مختلف فيه ، بل قد وقف ما يزيد عن نصف بحثه فى المصلحة على هذه الغاية ثم جاء يستدل على وجوب تقديم المصلحة على الإجماع بأن الإجماع قد انعقد على رعاية المصلحة فصار معنى كلامه أن رعاية المصلحة تقدم على الإجماع لأن رعاية المصلحة يجمع عليها ، والإجماع غير يجمع عليه فهل هناك زيف وتناقض أبلغ من ذلك ؟

الدليل الثانى : استدلال الطوفى على وجوب تقديم رعاية المصلحة على النصوص الشرعية بأن النصوص متعارضة متخالفة ، فهى سبب الخلاف فى الأحكام المذموم شرعاً ، فى حين أن رعاية المصالح أمر حقيقى فى نفسه لا يختلف فيه ، فهو سبب الاتفاق المطلوب شرعاً ، فكان اتباعه أولى ، ثم ذكر بعض النصوص الشرعية التى تأمر المسلمين بالاعتصام بحبل الله وعدم التفرق والاختلاف : وساق بعض أمثلة التنازع والخلاف الذى حدث بين اتباع الأئمة جاعلاً السبب فى ذلك اختلاف النصوص الشرعية وتعارض دلالاتها .

وهذا الدليل ينطوى على شبهتين : أولاهما ، أن النصوص الشرعية متخالفة متعارضة فهى إذن سبب الخلاف فى الأحكام المذموم شرعاً ، والشبهة الثانية أن رعاية المصالح أمر حقيقى فى نفسه لا يختلف فيه ، فهو

سبب الاتفاق المطلوب شرعاً . وسوف زد كل واحدة من هاتين الشبهتين على حدة :

الشبهة الأولى : تخالف النصوص وتعارضها :

من الشبه التي استند إليها الطوفي في تثبيت زيفه الباطل في تقديم رعاية المصلحة على النص الشرعي ، أن النصوص الشرعية متخالفة متعارضة ، وأن هذا الخلاف يؤدي إلى الخلاف في الأحكام الشرعية ، وأن الخلاف في هذه الأحكام مذموم شرعاً .

والطوفي إما أن يقصد بتخالف النصوص وتعارضها — التخالف والتعارض في الواقع ونفس الأمر ، وأن الله يأمر بالشيء ونقيضه ، وينهى عن الشيء وضده ، وإما أن يقصد التخالف والتعارض في الظاهر وبالنسبة إلى المجتهد . بحيث يفهم أحد المجتهدين ، من النص حكماً ، ويفهم منه غيره حكماً آخر . فإن كان الطوفي يقصد تخالف الشريعة وتعارض نصوصها بالمعنى الأول فهذا زيف باطل قامت أدلة الشرع القاطعة على بطلانه ، ولا نعلم أحداً ينتسب إلى دين الله قال هذه المقالة . وعلى الرغم من ظهور هذا الزيف ، فإنني سأقدم الأدلة التي تقطع بفساده وبطلانه . وإن كان الطوفي يقصد التعارض والتخالف ظاهراً وفي نظر المجتهد ، فنحن نوافق على ذلك ، ولكن لا نسلم معه أن مثل هذا التعارض يؤدي إلى الفرقة والتناحر والخلاف الذي جاءت النصوص بذمه والتحذير منه وإليك بيان ذلك :

أولاً : بطلان دعوى تعارض النصوص في الواقع ونفس الأمر
أن الأدلة الشرعية لا تعارض في الواقع ونفس الأمر والدليل على ذلك أمور :
أحدها : أدلة القرآن . من ذلك قوله تعالى « ولو كان من عند غير الله

لوجدوا فيه اختلافاً كثيراً . فنفى أن يقع في نصوص القرآن اختلاف وتعارض ألّبتة ، ولو كانت هذه النصوص متخالفة متعارضة كما يقول الطوفي ، لم يصدق هذا الكلام على حال . ومنه قوله تعالى « فإن تنازعتم في شئ فردوه إلى الله والرسول » وهذه الآية صريحة في أنه لا اختلاف ولا تعارض في نصوص الشريعة ، فإن الله رد المتنازعين إلى نصوص الشريعة ، وليس ذلك إلا ليرتفع الخلاف ، ولا يرتفع الخلاف إلا بالرجوع إلى أمر لا اختلاف ولا تعارض فيه ؛ إذ لو كان فيه ما يقتضى الاختلاف والتعارض ، كما يزعم الطوفي ، لم يكن في الرجوع إليه رفع تنازع ، وهذا باطل ، ومن ذلك قوله تعالى « ولا تكونوا كالذين تفرقوا واختلفوا من بعد ما جاءهم البينات » والبيّنات هي نصوص الشريعة ، فلو لا أنها لا تقتضى الاختلاف والتعارض ولا تقبله ألّبتة لمسا قبل لهم : من بعد ما جاءهم البينات ، ولما كان لهم في نصوص الشريعة أبلغ العذر في ذلك الاختلاف ، وهذا غير صحيح . فالشريعة لا اختلاف ولا تعارض في نصوصها ، كما يزعم الطوفي .

ومنه قوله تعالى « كان الناس أمة واحدة فبعث الله النبيين مبشرين ومنذرين ، وأنزل معهم الكتاب بالحق ليحكم بين الناس فيما اختلفوا فيه ، ولا يكون حاكماً بينهم فيما اختلفوا فيه . إذا كانت نصوصه متخالفة متعارضة ، كما يهذى الطوفي .

ومن ذلك قوله تعالى « شرع لكم من الدين ما وصى به نوحاً . . . » الآية إلى قوله : « ولا تفرقوا فيه » ، وقوله تعالى بعد أن ذكر بني إسرائيل ، وحذر الأمة المسلمة أن تستن بسنتهم « وما تفرقوا إلى من بعد ما جاءهم العلم بغياً بينهم » ، وقوله تعالى « ذلك بأن الله نزل الكتاب بالحق ، وأن الذين اختلفوا في الكتاب لفي شقاق بعيد » . وهذه الآيات وغيرها كثير تدم

الاختلاف وتأمر بالرجوع إلى نصوص الشريعة ، وهذا قاطع في أنه لا اختلاف ولا تعارض ولا تناقض في نصوصها . وأنها على مأخذ واحد وقول واحد في الواقع ونفس الأمر الذي قصده علام الغيوب ، قال المرنى صاحب الشافعى : « ذم الله الاختلاف وأمر عنده بالرجوع إلى الكتاب والسنة » (١) .

ولقد بلغ من جهل الطوفى وزيفه وتطاوله على أصول الشريعة الخالدة ، ونصوصها المقدسة ، أن يستدل بالنصوص التي تلزم بالوقوف عند هذه النصوص ، وترشد إلى أن في العمل بنصوص الكتاب والسنة خير عاصم من الفرقة والاختلاف الذي يسببه اتباع الهوى ، والجرى وراء أوهام العقول ، ونزعات النفس ، أن يستدل بهذه النصوص على تقديم حكم العقل وما يميل إليه الطبع وتهواه النفس ، وهو ما يطلق عليه رعاية المصالح ، على النصوص المقدسة التي تمسك بها المسلمون الأول فلمتهم بعد شتات ، ووحدت صفوفهم ، وجمعت كلمتهم ، وعاشوا في ظلها إخواناً متحابين متآلفين ، كما ذكرهم الله بهذه النعمة فقال : « إذ كنتم أعداء فألف بين قلوبكم فأصبحتم بنعمته إخواناً » ، وكنتم على شفا حفرة من النار فأنقذكم منها ، ومعلوم أن التأليف كان بهذه النصوص ، ولو كانت النصوص متخالفة ، تؤدي إلى التنازع والتناحر والفرقة ، وأن المخلص من هذا هو تحكيم العقول لوقع الخلف في خبر الله تعالى . وإذا كان حكم العقل كافياً فلم وقع الخلاف قبل مجيء القرآن ، وقد كانت العقول موجودة عند العرب ؟ وإذا كانت النصوص متخالفة متعارضة تؤدي إلى النزاع والفرقة والانقسام كما يقول الطوفى ، فلم اجتمعت كلمة المسلمين بعد افتراق ، حينما تركوا حكم العقول المجردة للنصوص التي التزموا الوقوف عندها ، وطبقوا أحكامها ؟

ثانيهما : لو كانت نصوص الشريعة متعارضة متخالفة في نفسها لأدى ذلك إلى تكليف ما لا يطاق ، لأن النصين إن فرضنا تعارضهما ، وفرضنا أنهما مقصودان معاً للشارع ، فيما أن يقال إن المكلف مطلوب بمقتضاهما ، أولاً ، أو مطلوب بأحدهما دون الآخر ، والجميع غير صحيح . فالأول يقتضى « افعل » ، « لا تفعل » ، لمكلف واحد من وجه واحد ، وهو عين التكليف بما لا يطاق . والثاني باطل لأنه خلاف الفرض . وكذلك الثالث ، إذا كان الفرض توجه الطلب بهما ، فلم يبق إلا الأول فيلزم منه ما تقدم .

ثالثها : أن تخالف النصوص وتعارضها في الواقع ونفس الأمر شيء لا يتصور ، لأن النصين المتعارضين ، إذا قصدتهما الشارع مثلاً لم يتحصل مقصوده ، لأنه إذا قال في الشيء الواحد : « افعل » ، « لا تفعل » ، فلا يمكن أن يكون المفهوم منه طلب الفعل ، لقوله : « لا تفعل » ، ولا طلب تركه ، لقوله : « افعل » ، فلا يتحصل المكلف فهم التكليف ، فلا يتصور توجهه على حال ، (١) .

ثانياً : بطلان أن تعارض النصوص في نظر المجتهد

يؤدى إلى الخلاف المذموم شرعاً

لقد أثبتنا أن تخالف النصوص الشرعية وتعارضها في الواقع ونفس الأمر باطل وغير متصور ، وقدمنا الأدلة الشرعية التي تفيد ذلك القطع . أما إذا كان الطوفى يقصد التخالف والتعارض في الظاهر وفي نظر المجتهد ، بحيث يفهم بعض المجتهدين من النص معنى معيناً ، ويفهم منه البعض معنى آخر . فهذا مسلم لا خلاف فيه ، ولكنه لا يفيد الطوفى في مطلوبه ، أما أنه مسلم ، فلأنه الواقع ، يقول الشاطبي رضى الله عنه « وأما تجويز أن

يأتى دليلان متعارضان ، فإن أراد الزاهبون إلى ذلك التعارض فى الظاهر وفى أنظار المجتهدين ، لا فى نفس الأمر ، فالأمر على ما قالوه جائز ، ولكن لا يقضى ذلك بجواز التعارض فى أدلة الشريعة . وإن أرادوا تجويز ذلك فى نفس الأمر فهذا لا يمتحله من يفهم الشريعة ، لو رُود ما تقدم عن الأدلة عليه ، ولا أظن أن أحداً منهم يقوله ، (١) .

وأما أنه لا يفيد مطلوب الطوفى فلأن الطوفى قد ربط بين اختلاف المجتهدين فيما تدل عليه بعض النصوص من أحكام ، وبين الاختلاف المذموم شرعاً ، وقال إن النصوص متخالفة متعارضة ، وأن هذا الاختلاف والتعارض سبب الخلاف المذموم شرعاً ، ثم استدل على ذم الخلاف والتحذير منه بنفس النصوص التى سبق لنا الاستدلال بها على بطلان دعوى التعارض والتخالف بين النصوص الشرعية . وزيادة على ما تقدم من أن هذه النصوص تفيد عكس مطلوب الطوفى فإننا نقول : إن الخلاف الذى نهى الشارع عنه ، وحذر منه ليس هو الخلاف فى فهم بعض النصوص التى أمر الله باتباعها ، وإلا كان الشارع متناقضاً مع نفسه إذ يأمر باتباع النصوص والرجوع إليها عند الخلاف ، ومن لازم ذلك أن يفهم بعض المجتهدين من النص معنى ، ويفهم منه البعض معنى آخر ، ثم ينهى الشارع عن هذا الخلاف ويحذر منه ، إن ذلك لا يقول به عاقل . إن الخلاف المذموم هو الناتج من تحكم العقول ، واتباع الأهواء على خلاف ما جاءت به النصوص الشرعية . ولذلك وجدنا الشارع الحكيم يأمر عباده ، إذا نشب بينهم النزاع ، واشتد الخلاف أن يرجعوا إلى نصوص الكتاب والسنة ففهما الدواء الناجع والعلاج الحاسم ، وباتباعهما يعود الوفاق بعد الخلاف ، والمحبة والأخوة بعد التباغض والشقاق .

إن النصوص لو كانت تؤدي إلى الخلاف الذي ذمه الشارع وحذر منه ونهى عنه ، لما أنزلها الشارع ولما أمر عباده باتباعها ، وأجاز لهم الاجتهاد في فهم معانيها ، ولكان الأولى به والأوفق في تحقيق مقصوده أن يترك العباد يشرعون من النظم ويضعون من القوانين ما يلي حاجاتهم ويحقق سعادتهم ، ويجمعهم على كلمة واحدة ، ويجنّبهم مواطن النزاع ويبعد عنهم أسباب الخلاف ، بدلا من إنزال النصوص الشرعية المتخالفة المتعارضة التي أفسدت ما بين الأمة من علاقات الأخوة ، وأواصر المودة ، وغرست في الجماعة الإسلامية بذور العداوة والبغضاء كما يهذى الطوفى .

ولقد زعم الطوفى أن هناك نزاعاً وتشاجراً وتنافراً وقع بين أئمة المذاهب بسبب تقديس النصوص الشرعية ، وتفصيل ظواهرها على المصالح التي يراها العقل ، فقال : « ومن تأمل ما حدث بين أئمة المذاهب من التشاجر والتنافر علم بصحة ما قلناه » وقال « وما مبعثه (هذا التشاجر والتنافر) إلا تنافس المذاهب في تفصيل الظواهر ونحوها على رعاية المصالح الواضح بيانها ، الساطع برهانها » ، وزعم أن أسباب الخلاف بين العلماء تعارض النصوص والروايات ، وأن عمر بن الخطاب هو المسؤول عن ذلك ، لأنه منع الصحابة من تدوين السنة ، وهو يعلم الأمر من الرسول بتدوينها ، وذلك قصداً منه إلى إفساد الشريعة ، ونشر بذور الفرقة والانقسام بين الأمة .

ونعمة الخلاف والتشاجر التي يتكلم عنها الطوفى أكذوبة باطلة من أساسها ، ومحض افتراء على الأئمة الأطهار ، أن الذي نقرّوه عن هؤلاء الأئمة ينم عن الاحترام المتبادل ، والحب الذي يكنه كل إمام لمن سبقه بالفتوى والاجتهاد ، ويدل على أنهم كانوا من أحسن الناس معرفة بأقدار أهل العلم والفضل .

وإذا كان هناك بعض الطعن أو النزاع والشجار من بعض أتباع الأئمة

على بعض ، فإنه قد حدث من أمثال الطوفى الذين لاحظ لهم من الخلق والفضل ، ولا نصيب لهم من العلم والمعرفة . والسبب فيه ليس هو اتباع النصوص وتقديمها على رعاية المصلحة .

وأخيراً أقول للطوفى إنك قررت أن النصوص الشرعية حجة في العبادات ، وأنه لا عمل للمصلحة فيها ، فهل يعنى كلامك هذا أن النصوص الشرعية متخالفة متعارضة وتؤدى إلى النزاع والانقسام والفرقة في العادات والمعاملات دون العبادات والمقدرات ونحوها ومصدر هذه النصوص واحد؟ أم يعنى أن الشارع ذم الخلاف وحذر منه في العادات والمعاملات ، ومدحه وندب إليه في العبادات التى تنظم علاقة المسلم بربه ، مع أن الخلاف والشجار في هذه الأخيرة أسوأ عافية ، وأضر على الجماعة من الخلاف والنزاع فى الأولى ؟

وأقول له إنك قررت أن النصوص الشرعية حجة فى العبادات ، ثم وضعت القواعد التى تجمع بها بين ظواهر هذه النصوص إذا تعارضت فى نظر المجتهد ، ومعنى ذلك أنك تؤمن بأن التعارض بين النصوص تعارض ظاهر يمكن إزالته بطرق الجمع المختلفة ، وبذلك يقضى على أسباب التنازع والتنافر الذى تزعمه بين الأمة ، فلم لم تتبع نفس الطريق بالنسبة للنصوص المنظمة لمعاملات الناس ، وهل يوجد فارق بين هذين النوعين من النصوص فى هذا الخصوص بحيث يقال إن الجمع ممكن وإزالة التعارض مقدور عليها فى النوع الأول دون الثانى وجميعها آت من عند الله عز وجل ؟ !!

الشبهة الثانية : رعاية المصالح أمر حقيقى فى نفسه لا يختلف فيه :

الشبهة الثانية التى تعلق بها الطوفى وهو يقرر الدليل على وجوب تقديم رعاية المصلحة على النصوص الشرعية ، أن رعاية المصلحة أمر حقيقى فى

نفسه لا يختلف فيه ، فهو سبب الاتفاق المطلوب شرعاً . ونحن في إزالة هذه الشبهة نقول :

إن كان الطوفي يقصد برعاية المصلحة أصل اتباع المصالح في التشريع بحيث يقال عند عرض النازلة أو الواقعة التي يحتاج الناس إلى معرفة حكمها ، أن المحكم في ذلك هو اعتبار المصالح ، فما على الفقيه إلا أن يطبق أصل اعتبار المصالح على هذه الواقعة ، وذلك بصرف النظر عن نتائج تحقيق مناهل أصل اعتبار المصالح في الوقائع وتطبيقه على الجزئيات ، من مجتهد واحد أو من مجتهدين . إن كان الطوفي يقصد برعاية المصالح ذلك المعنى ، فنحن نوافقه على أنه أمر حقيقي في نفسه لا يختلف فيه بعد فرض الاتفاق على حججة المصلحة . ولكننا نقول إن النصوص الشرعية أمر حقيقي في نفسه لا يختلف فيه كذلك ، فإذا عرضت الواقعة أو جددت النازلة ، قيل إن المحكم في ذلك هو نصوص الشرع ، فما على الفقيه إلا أن يعرض الواقعة على النصوص الشرعية . وهذا أمر لا يستدعي خلافاً ، ما دمت لا ننظر إلى تحقيق مناهل هذه النصوص على الوقائع ، وتطبيقها على الجزئيات . فكل من المصلحة والنصوص الشرعية أمر حقيقي في نفسه لا يختلف فيه بهذا المعنى . فإذا قلنا بأن المصلحة حجة ، ووافق على ذلك الخصم ، فلا خلاف في ذلك القدر إذ الفرض عدم الخلاف ، ولكن النصوص كذلك ، فإذا قلنا إن النصوص الشرعية حجة ، فلا خلاف في هذا القدر ، إذ الفرض عدم الخلاف ، وعلى ذلك فإن استدلال الطوفي غير سليم مادامت النصوص تعادل المصلحة في هذا القدر .

وأما إذا كان الطوفي يقصد برعاية المصالح ، تحقيق مناهل الأصل في الوقائع ، وتطبيقه على الجزئيات ، بحيث تعرض الواقعة التي يراد معرفة حكم الشرع فيها على المجتهدين في الأمة ليحكموا فيها وفق المصلحة التي يهتدي إليها العقل مسترشداً بالعادات والتجارب ، فإننا لا نوافق الطوفي على أن

المصلحة بهذا المعنى أمر حقيقى فى نفسه لا يختلف فيه ، حتى تكون سبباً
للاتفاق المطلوب شرعاً . ودليلنا على ذلك الواقع المشاهد ، فقد رأينا العقول
التي لا تصدر فى أحكامها عن هدى السماء تختلف فى أصل المصالح والمفاسد ،
بل ومع اتفاقهم على أن الأمر مصلحة أو مفسدة ، يختلفون فى الأحكام
الجزئية التي تحصل هذه المصالح أو تدفع تلك المفاسد . فقديمأ قال قوم لوط :
« أخر جوارل لوط من قريبتكم إنهم أناس يتطهرون » ، فكانت الطهارة
مفسدة عقوبتها التي فى منطق هؤلاء ، وأن المواطن الصالح الذي يتمتع
بخيرات بلده ، هو الذي يزاول اللوامة ويدعو إليها . فهل خلق هؤلاء
الناس بلا عقول تهتدى لمعرفة وجه المصالح والمفاسد وهل يظن الطوفى أن
العقول لا تختلف فى مصلحة هذا الجرم وفساده ؟

إن الرومان كانوا يعدون عقوبة المدين الذي حكم عليه القدر بالإفلاس
فيعجز عن وفاء ديونه مصلحة لازمة لحماية التعامل ، وكانوا يرون أن المصلحة
تقضى بأن تكون هذه العقوبة استرقاق المدين فى الدين ، وعرضه فى الأسواق
للبيع ، فإذا تعدد الدائنون ولم يجدوا من يرغب فى شراء المدين ، قتلوه
واقسموا جثته بينهم ، وليس هناك من يطعن فى عقول فقهاء
الرومان الذين خلفوا ثروة فقهية يتغنى بها الغرب والشرق على حد سواء .
ولقد جاءت نصوص الشريعة تبين ما فى هذا الحكم من ظلم وجور وضرر
وفساد ، وجاء الأمر من عند الله للدائن « فإن كان ذو عسرة فنظرة إلى
ميسرة وأن تصدقوا خير لكم » ، فهل يقول الطوفى أن توزيع جثة المدين بين
دائنيه مصلحة لا يختلف فيها ، وهل يقدمها على نص كتاب الله الذي أمر
الدائن بالنظرة ، وجبب إليه التصديق بالدين ، وجعله خيراً ومصلحة ؟

ولقد كان الإنجليزيون المصلحة فى حرمان الإناث من الإرث بالكلية
ويحصرون الميراث فى الابن الأكبر لأن مصلحة رجال الإقطاع كانت
تتطلب أن يكون شخص واحد مسئولاً أمامهم عن الالتزامات التي فرضوها

على عبید الأرض ، ولم یکن یتصور الإنجلیز أن المیراث یصعد إلى أصول المیت ، فمنعوا میراث الأصول مطلقاً ، وأن ذلك یمحق المصلحة . فهل یقول الطوفی أن هذه المصالح حقیقة فی نفسها لا یختلف الناس فیها ؟ وأن نصوص الشارع الّتی جعلت « للرجال نصیب مما ترک الوالدان والأقربون ، وللنساء نصیب مما ترک الوالدان والأقربون مما قل منه أو کثر » یمکن أن تكون قد أتت مخالفة لمثل هذه المصالح ؟ إن الإنجلیز أنفسهم بعد أن طبقوا هذه الأحکام طوال عشرة قرون اکتشفوا أنها لا تحقق المصلحة ، وأن فی التمسک بها ضرراً على الفرد والجماعة وانجھوا أخیراً وفي سنة ١٩٢٥ إلى أحكام الفقه الإسلامی فی الجملة ، فجعلوا للنساء نصیباً مما ترک الوالدان والأقربون ، وأشركو الأبناء فی ترکه أبیهم کبیرهم وصغیرهم ، ورأوا أن إعطاء الأصول نصیباً فی المیراث لا یمخالف المصلحة ولا یمحی العدالة . بل إن هناك قسماً من أقسام القانون عندهم یطلقون علیه نظام العدالة ، وهی قواعد تطبق فی حالة ما إذا کان تطبیق نصوص القانون یمخالف المصلحة ویمحی العدل ، وهذا یعنی أن ما کان عدلاً ومصلحة فی الماضي أصبح ظلماً وجوراً تتکفل قواعد العدالة برفعه .

إن القانون الأمریکی یرى أن المصلحة فی إطلاق حرية الشخص فی عمل الوصية الّتی یتصرف بها فی ترکته بعد موته ، ولكن هذه الحرية المطلقة أدت الیوم إلى مفسد على الفرد والجماعة ، فلقد أصبح الشخص یوصی بترکته كلها ، وهی عدة ملايين من الدولارات لخلیلته أو عشیقته تارکاً أولاده عالة یتکففون الناس ، ولقد بدأ رجال الفقه والقضاء هناك ینادون بفرض قیود على هذه الحرية حمایة لأسرة الموصی وحفظاً للآداب والنظام العام . وهم بصدد تنفیذ وصية رسولنا « إنک أن تترك ورثتک أغنیاء خیر لک من أن تتركهم عالة یتکففون الناس » .

إن بعض القوانين الوضعية لا ترى فی الاتصال الجنسي غیر المشروع

بين رجل وامرأة ، مفسدة ولا ضرراً يجب منعه ، إذا لم يكن أحدهما مرتبطاً بعقد زواج مع شخص آخر ، وحتى في حالة زنا الزوج لا ترى هذه القوانين في هذا الاتصال مفسدة إلا إذا وقع الزنا في منزل الزوجية ، أما إذا وقع في مكان آخر فلا يعد جريمة ولا يفوت مصلحة .

إن الواقع المشاهد يقطع بأن العقول تختلف كثيراً فيما يعد مصلحة ومفسدة ، وفي الوسائل التي تحصل هذه المصالح وتدرأ تلك المفاسد وليت الطوفى كما قال أستاذنا الكبير أبو زهرة . قد تختلف به الزمن حتى رأى عصرنا الحاضر ، وتشابك الاجتماع فيه ، وتعقد مسائله ، وحيرة العلماء في علاجه ، وتضارب آرائهم ، وتباين مذاهبهم ، حتى إن بعضهم يرى في الأمر المصلحة كلها ، وهي واضحة لديه وحده ويرى الآخر غيرها ، وتنحدر المذاهب من فلسفة الخاصة إلى متناحر العامة ، فهذا فوضوى ، وذلك اشتراكى ، وذلك يناصر رأس المال في قوة ، وهذا يناصره باعتدال ، وأرثك يدعون أن تكون المناجم ملكاً للدولة ، لتكون منفعتها للكافة ، وهؤلاء يمنعون الوراثة ، وآخرون يجيزونها بقدر محدود ، وكل حزب بما لديهم فرحون ، (١) .

وأن العاصم من هذا الخلاف والتنافر في الآراء والمذاهب في شأن المصالح والمفاسد هو اتباع النصوص حتى مع التسليم بأنها تؤدي إلى الخلاف أحياناً . ذلك أن المجتهد ملزم بعدم الخروج على النصوص القاطعة ، ومتقيد في اجتهاده في غير النصوص القاطعة ، بعدم ترك جميع احتمالات النص ، وهي احتمالات محصورة في الواقع ، وممتد أخيراً فيما لا نص فيه من الوقائع بالمصالح التي تشهد هذه النصوص لنوعها أو لجنسها بالاعتبار . فأين هذا من ترك العقل يشرع وفقاً للمصلحة دون قيود أو حدود أو ضوابط . ثم ما هو

الضابط الذي يستعين به المجتهدون في وزن الآراء المتخالفة في شأن المصالح والمفاسد ، ما دامت وجهات النظر في هذا الشأن متباينة ، والحرية في التشريع غير مقيدة ؟ وكيف يقال أن هذا الحكم موافق أو مخالف للشرعية إذا اختلف الناظرون فيه ؟ وفي كونه محققاً أو مفوتاً بالمصالح ؟ لقد رأينا الشافعي في باب الاستحسان ، والشاطبي في الموافقات يبينان فساد القول باستقلال العقول بإدراك المصالح والمفاسد فضلاً عن اتفاق العقول في شأن هذه المصالح والمفاسد^(١).

الربيل الثالث : دعوى أنه قد ورد في السنة مخالفة النصوص بالمصالح :

استدل الطوفي على زيفه الباطل بأنه قد ثبت في السنة معارضة النصوص بالمصالح ونحوها في قضايا ، منها معارضة ابن مسعود للنص والإجماع في التيمم ، بمصلحة الاحتياط في العبادة ، ومنها مخالفة الصحابة لقوله عليه السلام « لا يصلين أحد منكم العصر إلا في بني قريظة » ، إذ صلى بعضهم قبلها وقالوا لم يرد منا ذلك . ومنها قول النبي صلى الله عليه وسلم لعائشة « لولا قومك حديثو عهد بالإسلام لهدمت الكعبة وبنيتها على قواعد إبراهيم » وهو يدل على أن بناءها على قواعد إبراهيم هو الواجب في حكمها فتركه لمصلحة الناس ، ومنها أنه عليه السلام لما أمرهم بعمل الحج عمرة قالوا : « كيف وقد سمينا الحج ؟ وتوقفوا ، وهو معارضة النص بالعادة ، ومنها ما روى أن النبي عليه السلام بعث أبا بكر ينادى : « من قال لا إله إلا الله دخل الجنة . فوجده عمر فرده ، وقال : إذن يتسكعوا وهو معارضة لنص الشرع بالمصلحة ، ومنها أن رجلاً دخل المسجد يصلي فأعجب الصحابة سمته فأمر النبي أبا بكر وعمر بقتله فامتنعاً وقالوا : « كيف نقتل رجلاً يصلي » ، فهذان الشيخان تركا النص ولا مستند لهما إلا استحسان إقباله على

(١) راجع ما سبق .

العبادة . . وظهر أن تركهما الأمر بقتله إنما كان استحساناً منهما مجرداً وهو من باب معارضة النصوص ونحوها بالمصالح مع أن النبي صلى الله عليه وسلم لم ينكر عليهما ترك أمره ، ولا عاتبهما ، بل سلم لهما حالهما ، وأجاز اجتهادهما ، لما علم من نيتهما وصدقهما في ذلك .

ثم قال بعد أن سرد هذه الوقائع . فكذلك من قدم رعاية مصالح المكلفين على باقى أدلة الشرع بقصد إصلاح شأنهم ، وانتظام حالهم ، وتحصيل ما تفضل الله عز وجل به عليهم من الصلاح وجمع الأحكام من التفريق وائتلافها عن الاختلاف ، فوجب أن يكون جائزاً إن لم يكن متعيناً ، فوجب أن يكون تقديم رعاية المصلحة على باقى أدلة الشرع من مسائل الاجتهاد على أقل أحواله ، وإلا فهو راجح متعين ، كما ذكرنا .

والشبهة التى تمسك بها الطوفى فى القول بأن هذه الوقائع فيها مخالفة للنصوص الشرعية بالمصالح ، شبهة باطلة ، ذلك أن هذه الوقائع تنطوى على عمل من صاحب الشرع نفسه . فالمستند فيها هو السنة قولاً وعملاً وتقريراً ، فصاحب الشرع هو الذى ترك البيت ولم يعد بناءه ، على قواعد إبراهيم ، فكيف يقال إن الرسول عارض النص بالمصلحة وأى نص خالفه الرسول بالمصلحة ، وهل يعد تشريع الرسول عملاً بمصلحة فى مقابلة نص تقاعد عن تحصيل هذه المصلحة ، أو جاء منافضاً لها ، أم يعد تشريعه ، قولاً ، وعملاً ، وتقريراً هو النص الشرعى نفسه ؟ . وصاحب الشرع هو الذى أقر توقف الصحابة عن جعل الحج عمرة بعد تسمية الحج ، فصار بهذا التقرير سنة ، ولم يصبح معارضة نص بمصلحة . وصاحب الشرع هو الذى أقر اجتهاد عمر فى رد أبى بكر ومنعه من النداء بأن من قال لا إله إلا الله دخل الجنة ، وهو الذى أقر اجتهاده وأبى بكر فى عدم قتل المصلى ، فصار هذا الاجتهاد بهذا التقرير سنة . والصحابة الذين صلوا قبل وصولهم بنى قريظة اجتهدوا فى فهم المراد من النص ، وفقدوه وفقاً للحكمة والمصلحة التى فهموها منه لا أنهم تركوا

النص بالمصلحة ، وفوق ذلك فإن الرسول عليه السلام أقرهم على اجتهادهم
فصار سنة ، والصحابة يجتهدون في فهم النصوص الشرعية في ضوء المصالح
التي وردت هذه النصوص لتحصيلها ، كما يبدو من سياق هذه النصوص ،
لا أنهم يتركون العمل بهذه النصوص لظنهم أنها تخالف مصالحهم كما يزعم
الطوفي . وأما أن ابن مسعود ترك النص الذي يحيز التيمم في الجنابة بالمصلحة
فهو قول فيه مغالطة ، ذلك أن سند ابن مسعود في القول بعدم جواز التيمم
من الجنابة هو النص نفسه ، فلقد فهم منه ابن مسعود أن المراد بالملازمة
في قوله تعالى « أو لا مستم السماء » اللمس الذي يوجب الوضوء لا الجماع ،
وبذلك قال ما قال على أنه قد روى عنه أنه ترك القول بعدم جواز التيمم
من الجنابة .

ثم هل لي أن أسأل الطوفي فأقول : إنك قررت أن المصلحة حجة
في العادات دون العبادات ، وأن هذه الأخيرة لا يؤخذ فيها إلا بالإجماع
والنص وبقية أدلة الشرع ، لأن العبادات حق الشارع ، ولا يعرف حق
الشارع كما وكيفاً إلا من جهته ، فلم جعلت فعل ابن مسعود ، وتركه لنص
التيمم بالمصلحة حجة على مذهبك ، مع أن التيمم من العبادات وليس شيئاً
يتعلق بسياسة المكلفين ، ومعاملات الناس التي تعرف بالتجارب والعادات
كما زعمت ؟ أليس هذا نقضاً لمذهبك من أساسه ، ودليلاً صريحاً على بطلان
دعواك التفرقة بين العبادات والمعاملات ، والاعتماد في الأولى على
النصوص ، والثانية على رعاية المصالح . إن ترك ابن مسعود لنص التيمم
بالمصلحة التي رآها باطل على مذهبك ، لأنه عمل بمصلحة في باب العبادات
وهو لا يجوز عندك .

تلك هي الشبهة الثلاث التي تمسك بها الطوفي في دعواه وجوب تقديم
رعاية المصلحة على النص والإجماع وذلك هو ردنا عليها ، وإنما أطلت في
ذلك حتى لا يغتر أحد بزيف الطوفي فيقول مقالته .

الباب الرابع

نظرية المصلحة في الفقه الحنفي

رأينا من دراستنا السابقة أن من أهم تطبيقات أصل اعتبار المصالح في الأحكام الذي اتخذنا منه نقطة بداية لنظرية المصلحة ، المصلحة المرسلة ، أو ملائم المرسل ، كما يسميه بعض كتاب الأصول ، والاعتماد في استنباط العلة على المناسبة ، أو الإخالة كما يعبر عنه البعض ، والاستحسان ، ولذلك رأيت أن أدرس تطبيقات نظرية المصلحة في الفقه الحنفي في فصول ثلاثة ، أعرض في الأول منها لإثبات أن ملائم المرسل أو المصلحة الملائمة مناسب توافر بالنسبة له شرط التأثير اللازم في صحة العمل بالعلل عند الأحناف ، حتى يمكن القول بأن قواعد الحنفية تنسج للقول بالمصالح الملائمة . وأما الفصل الثاني فأدرس فيه الاستحسان الحنفي كأحد تطبيقات نظرية المصلحة . وأما الفصل الأخير فقد خصصته لبيان مذهب الأحناف في الإخالة كطريق من طرق إثبات العلة .

الفصل الأول

المصلحة المرسله

يشترط الحنفية في الوصف الذي يصلح أن يكون علة ، فوق مناسبيته للحكم ، أن يكون موثراً فيه ، ويعرفون التأثير بما يدخل المصلحة المرسله في المناسب الموثر ، وبذلك تكون المصلحة المرسله حجة عندهم وإن لم يصرحوا بها . ونحن نعرف التأثير عندهم ، ثم نبين توافر شرط التأثير في المصلحة المرسله ، وأخيراً نبين نوع الاستدلال بملائم المرسل الذي هو المصلحة المرسله ، وذلك في مباحث ثلاثة :

المبحث الأول

تعريف التأثير

إذا استنبط الفقيه أن وصفاً معيناً مناط لحكم شرعي ، اعتماداً على وجود المناسبة بين هذا الوصف وذلك الحكم ، بمعنى أن شرع الحكم وترتيبه على هذا الوصف يحقق مصلحة قصدتها الشارع في الجملة ، فإن الحنفية ، خلافاً للجمهور ، لا يكتفون بهذا القدر في إثبات عليّة هذا الوصف لذلك الحكم ، وتعدية الأخير لكل ما وجد فيه هذا الوصف ، وإنما يشترطون فوق هذه المناسبة العامة بين الوصف والحكم ، أن يكون الوصف الذي استنبطه الفقيه وصفاً موثراً . ويقصد الأصوليون بالتأثير قيام النص أو الإجماع على أن وصفاً بعينه مناط لحكم بعينه ، أو أن وصفاً من جنس هذا الوصف مناط لحكم من جنس هذا الحكم .

فمثال الأول جعل الطواف منطاً للطهارة ، وذلك لوجود المناسبة بين كثرة الطواف وبين الطهارة . إذ الحكم بطهارة سور الحيوان . الذي يكثر

طوافه ويعسر الاحتراز عنه فيه رفع للحرج والمشقة . ورفع الحرج والمشقة مقصود للشارع . وفوق هذه المناسبة بين الوصف والحكم . فإن الشارع قد نص على أن الطواف بعينه علة للطهارة بعينها . وذلك قوله عليه الصلاة والسلام . وقد سئل عن سؤر الهرة : « إنها من الطوافين عليكم والطوافات » . وهنا يقول الحنفى أنه قد ثبت بالنص اعتبار عين الوصف . وهو الطواف ، مناطاً لعين الحكم . الذى هو الطهارة . وبذلك يثبت التأثير الذى هو الشرط فى العلل الشرعية عندهم .

وأما ما اعتبر الشارع فيه وصفاً من جنس الوصف فى حكم من جنس الحكم فيمكن التمثيل له بأمثلة ثلاثة :

المثال الأول : جعل الخوف من سقوط الجدار المائل على المارة ، أو على مال أكثر منه قيمة ، مناطاً لجواز هدم هذا الجدار . فإن المناسبة بين الحكم والوصف ظاهرة ، حيث إن فى الهدم إزالة ضرر ، وإزالة الضرر مقصود شرعاً . وليس هناك نص ولا إجماع على أن هذا الوصف بعينه مناط ، لهذا الحكم بعينه ، كما فى حالة الطواف مع الطهارة . ولكن الشارع اعتبر وصفاً مغايراً لهذا الوصف ، ولكنه من جنسه ، مناطاً لحكم مغاير لهذا الحكم ، ولكنه من جنسه ، وذلك يظهر فى منع الشارع من تلقى الركبان ، رفقا بأهل السوق ، ورفعاً للضرر عنهم . فالوصف هنا هو الرفق بأهل الحضر ، ورفع الضرر الذى ينالهم من استئثار فرد أو طائفة بما تشدد حاجتهم إليه من السلع ، وهو نوع من الضرر مغاير لضرر سقوط الجدار المائل على المارة ، ولكنه يجمعهما جنس الضرر . والمنع من التلقى حكم مغاير لهدم الجدار ولكنه من جنسه ، إذ هدم الجدار ، والمنع من التلقى يشتركان فى أن كلا منهما حكم يرفع الضرر .

ويظهر ذلك أيضاً فى بيع مال المدين رغماً عنه إذا امتنع عن وفاء ما عليه

من ديون ، دفعاً للضرر عن الغرماء . وهنا أيضاً نجد أن مناط الحكم هو الضرر الذى ينال الغرماء ، وهو نوع من الضرر مغاير لضرر سقوط الجدار على المارة ، ولكن يجمع النوعين جنس الضرر ، والحكم هنا هو بيع مال المدين رغماً عنه ، وهو حكم مغاير لهدم الجدار ، ولكن الحكمان من جنس واحد ، لأن كلا منهما حكم يرفع الضرر .

وعلى هذا يقال إن الضرر الذى يصيب المارة من احتمال وقوع الجدار المائل وصف مؤثر فى جواز هدم هذا الجدار لأن الشارع ، وإن لم يعتبر عينه فى عين هذا الحكم ، فقد اعتبر وصفاً من جنسه فى حكم من جلس الحكم الذى رتب عليه ، وذلك فى المنع من التلقى منعاً للإضرار بأهل السوق ، وفى بيع مال المدين الممتنع عن الوفاء ، منعاً للضرر عن الغرماء .

المثال الثانى : إذا رأى المجتهد أنه يجوز للطبيب أن ينظر إلى العورة لحاجة العلاج ورفعاً لمشقة المرض . فان الحكم هنا هو جواز النظر إلى العورة ، والمناط رفع مشقة المرض . ولم يرد نص ولا إجماع على أن مشقة المرض بعينها مناط لجواز النظر إلى العورة ، ولكن الشارع اعتبر أنواعاً كثيرة من الأوصاف مغايرة لهذا الوصف ، ولكنها من جنسه ، مناطاً لأحكام كثيرة مغايرة لهذا الحكم ، ولكنها من جنسه . فهناك أنواع كثيرة من المشاق ، تجتمع مع مشقة المرض فى جنس المشقة ، كانت سبباً لأحكام كثيرة تجتمع مع جواز النظر فى أنها أحكام فيها تخفيف ورفع لهذه المشقة . من ذلك أن مشقة السفر أوجبت قصر الصلاة وجمعها ، والفطر والتميم ، ومشقة المرض أوجبت الفطر ، والتميم والقعود فى الصلاة ، ومشقة السكران ، أسقطت الصلاة عن الحائض ، وهكذا نجد أنواعاً كثيرة من المشقات تشترك مع مشقة المرض ، فى جنس المشقة ، توجب أنواعاً كثيرة من الأحكام تشترك مع جواز النظر إلى العورة ، فى أنها تدفع المشقة وترفع الحرج .

وبذلك يقال إن مشقة المرض وصف مؤثر في جواز نظر الطيب إلى العورة ، وذلك لأن الشارع اعتبر نوعاً مغايراً من الوصف ولكنه من جنسه ، مناطاً لحكم مغاير للحكم الذى أوجبه ، ولكنه من جنسه .

المثال الثالث : ومن الأمثلة على النوع الثانى من التأثير وهو النص أو الإجماع على أن نوعاً من جنس الوصف المدعى عليه ، مناطاً لحكم من جنس الحكم الذى ترتب على هذا الوصف ، كفتوى الفقيه بأن زوجة الفار ترثه ، لأنه قصد بطلاقه القرار من توريثها . فإن مظنة قصد القرار بالطلاق هى مناط الحكم بالتوريث ، وليس هناك نص ولا إجماع على أن هذا المعنى بعينه هو مناط هذا الحكم بعينه ، ولكن الشارع اعتبر نوعاً من جنس هذا الوصف من جنس مناطاً أو موجباً لحكم من جنس هذا الحكم ، وذلك بالنص على منع القاتل من الميراث ، لأن القتل مظنة لأن يكون قد قصد به استعجال الإرث فقتل المورث ، والتطبيق في مرض الموت . نوعان متغايران من الوصف ، ولكنهما يشتركان في أنهما مظنة لقصد الفعل المحرم ، وتوريث المطلقة في مرض الموت ، وعدم توريث القاتل . نوعان متغايران من الحكم . ولكنهما يدخلان تحت جنس هو أن في كل من الحكمين معاملة بنقيض المقصود المحرم .

المبحث الثانى

المرسل الملائم مناسب مؤثر

وإذا كان هذا هو معنى التأثير عند الحنفية ، كما صرح به كتاب الأصول الأحناف^(١) . فإن ملائم المرسل الذى هو المصلحة المرسلة يعد حجة عندهم

(١) انظر مسلم الشبوت ج ٢ ص ٢٦٧ فقد عرف المؤثر فقال « وأما الحنفية فالمؤثر عندهم الوصف المناسب للملائم عند العقول الذى ظهر تأثيره شرعاً ، بأن يكون لجنسه تأثير في عين الحكم كاسقاط الصلاة الكثيرة بالإغماء ، فإن لجنسه الذى هو العجز عن الأداء من غير حرج تأثيراً في سقوطها كإفائه الحائض ، أو في جنسه كاسقاطها عن الحائض بالمشقة وقد أسقطت مشقة =

ذلك أنهم عرفوا ملائم المرسل ، بأنه الوصف الذى لم يثبت الحكم معه فى أصل ما . ولم يثبت بنص ولا إجماع . اعتبار عينه فى عين الحكم ، ولكن قام النص والإجماع على اعتبار وصف من جنسه فى حكم من جنس الحكم الذى يوجهه . وكان اعتبار الشارع للوصف الذى من جنسه فى الحكم الذى من جنس حكمه اعتباراً لجنس الوصف فى جنس الحكم ^(١) .

وهذا التعريف للملائم المرسل يجعل شرط التأثير متوفراً فيه . ذلك أن الحنفية لا يتطلبون فى التأثير أن يدل النص أو الإجماع على أن عين الوصف مناط لعين الحكم فقط . بل يدخلون فيه ، دلالة النص أو الإجماع على أن جنس الوصف مناط ومؤثر فى جنس الحكم . وذلك بالنص أو الإجماع على أن وصف آمن جنس الوصف . مناط لحكم من جنس الحكم . وبعبارة أخرى فإن التأثير عندهم يشمل صورتين : إحداهما : دلالة النص أو الإجماع على أن وصفاً بعينه مناط لحكم بعينه ؛ وذلك كما سبق فى جعل الطواف

== السفر الركعتين ، فقد أثر جنس المشقة فى جنس السقوط ، أو بأن يكون لعينه تأثير فى جنس الحكم كالإخوة لأب وأم فى قياس التقدم فى ولاية النكاح ، وقد تقدم هذا الأخ فى الميراث ، فقد أثر فى مطلق التقدم ، أو يكون لعينه تأثير فى عينه أى الحكم ، وذلك كثير فى الأقيسة الجزئية .

(١) راجع تعريف ملائم المرسل فى مسلم الثبوت وشرحه ج ٢ ص ٢٦٦ يقول :
 وإن لم يعتبر (أى الوصف) أصلاً لإمعان الحكم ولو فى صورة ما ولا مؤثراً فيه ، فهو المرسل ، وينقسم إلى ما علم لأغاؤه . . . وإلى ما لم يعلم ، فإن لم يعلم فيه أحد لماعتبارات الملائم من اعتبار نوعه أو جنسه فى جنس الحكم ، أو جنسه فى عين الحكم ، فهو الغريب المرسل ، وهو المسمى بالمصالح المرسله حجة عند مالك . . . وإن علم فيه ذلك أى أحد لماعتبارات الملائم فهو المرسل الملائم قبله الإمام ، ونقل عن الشافعى ، وعليه جمهور الحنفية « وقال صاحب التقرير والتجريب ج ٣ ص ١٥٩ » فإن لم يثبت الوصف مع الحكم أصلاً فالمرسل ؛ وينقسم المرسل إلى ما علم لأغاؤه . . . وما لم يعلم لأغاؤه . ولم يعلم لماعتبار جنسه فى جنسه . . . وهو الغريب المرسل ؛ وهما مردودان اتفاقاً . . . وما علم اعتبار أحدهما ، أى جنسه فى جنسه . . . وهو المرسل الملائم ؛ وعن الشافعى ومالك قبوله . . . وهو المسمى بالمصالح المرسله ، وسندكر أنه يجب من الحنفية قبول القسم الأخير أى الملائم من المرسل .

بمعينه مناطاً للطهارة بعينها . وثانيتها : دلالة النص أو الإجماع على أن جنس الوصف مناط أو علة أو مؤثر في جنس الحكم . وذلك ليس بالنص على أن جنساً من الوصف مناط لجنس الحكم كيأن يرد نص الشارع بأن المشقة موجبة لمطلق التخفيف . أرأن المصلحة العامة مقدمة على الخاصة . وإلا اتحد مع القسم الأول ، وكان مما دل النص فيه على أن عين الوصف مناط لعين الحكم : وإنما مراد الأحناف بورد النص أو الإجماع على أن جنس الوصف مناط لجنس الحكم ، أن ينص الشارع أو يقوم الإجماع على أن وصفاً مغايراً للوصف ولما كنهه من جنسه ، مناط لحكم مغاير للحكم ولما كنهه من جنسه . وذلك لأنهم يعتبرون أن النص على أن نوعاً من الوصف مناط لنوع من الحكم ، دليل من الشارع على اعتبار أن جلس الوصف ، مناط لجنس الحكم .

وعلى هذا يكون ملائم المرسل علة توافر بالنسبة لها شرط التأثير الذي يستلزمه الحنفية في صحة العلل . فإذا أضفنا إلى ذلك أن ملائم المرسل هو المصلحة المرسلة ، كانت النتيجة أن الأحناف قائلون بالمصالح المرسلة الملائمة لجنس تصرفات الشرع ، كما يقول غيرهم . وهذا الذي توصلنا إليه من أن ملائم المرسل هو المصلحة المرسلة ؛ وأنه علة توافر بالنسبة لها شرط التأثير ، ومن ثم فإنه يجب على الحنفية قبوله — صرح به ككتاب الأصول من الأحناف .

فالسكّال بن الهمام يصرح بأن ملائم المرسل هو المصالح المرسلة ، وأنه يجب من الحنفية قبوله فيقول (١) : «رما علم اعتبار أحدها أي الجنس في الجنس . وهو الملائم المرسل . . وهو المسمى بالمصالح المرسلة وسنرى أنه يجب من

الحنفية قبول القسم الأخير أى الملائم من المرسل . . فاتفقهم فى نفى الأولين ،
عما علم إلغاؤه ، هو الغريب المرسل .

ويقول (١) : « فالتعليل بالمرسل تعليل بمصالح خاصة ابتداء اعتبرت
فى جنس الحكم الذى يراد إثباته . . فإن قلت المثال حنفى ، وهو يمنع
المرسل . قلنا سبق أنه يجب القول بعملهم ببعض ما يسمى مرسل عند الشافعية ،
ويدخل فى المؤثر عندهم ، كما سيظهر . »

ويقول (٢) : « وظهر أن المؤثر عندهم ، أى الحنفية ، أعم منه عند الشافعية ،
وهو ما ثبت بنص أو إجماع إعتبار عينه فى عين الحكم ، ومن الملائم الأول
أى الذى هو من أقسام المناسب بأقسامه الثلاثة . . وما من المرسل ، أى
وثلاثة أقسام الملائم المرسل ، وهو ما لم يثبت العين مع العين فى المحل ، لكن
ثبت بنص أو إجماع إعتبار عينه فى جنس الحكم أو جنسه فى عينه أو جنسه
فشمل المؤثر عند الحنفية ، سبعة أقسام فى عرف الشافعية إذ لم يقيدوا أى
الحنفية ، الثلاثة التى هى تأثير الجنس فى عين الحكم أو فى جنسه ، وتأثير
العين فى جنس الحكم ، بوجود العين مع العين فى المحل ، أى الأصل ، وكذا
تصريحهم ، أى الحنفية ، فيما تقدم أن التعليل بما اعتبر جنسه . . . مقبول
وقد لا يكون قياساً ، بأن لم يتركب مع أحد الأمرين ، أى العين أو الجنس
فى العين . »

أما صاحب مسلم الثبوت فإنه يصرح بأن جمهور الحنفية يحتجون
بملائم المرسل ، ولكنه لا يطاق عليه عبارة المصلحة المرسلة ، قاصراً لها
على المرسل الغريب ، أى المصلحة الغريبة ، ناسباً القول بها إلى المالكية ،

(١) التقرير والتجوير ج ٣ ص ١٥٦ .

(٢) المرجع السابق ج ٣ ص ١٥٩ .

وقد بينا خطأ هذه النسبة ، فهو يقول (١) : « وإن علم فيه ذلك فهو المرسل الملائم قبله الإمام ونقل عن الشافعي ، وعليه جمهور الحنفية » .

ويقول (٢) : « فالمؤثر ، وثلاثة من الملائم ، وثلاثة من ملائم المرسل في عرف الشافعية ، كلها مقبول ومؤثر عند الحنفية ، دون الغريب من المرسل لعدم ظهور تأثيره شرعاً » .

فهو لاء الكتاب يؤكدون أن ملائم المرسل ، يعد من أقسام المناسب المؤثر في إصطلاح الحنفية ، وإذا توافر فيه شرط اعتبار العلة عندهم ، فهو إذن حجة في التفريع وبناء الأحكام ، والبعض يطلق عليه اسم المصلحة المرسلة ، حاكياً اتفاق الفقهاء على رفض الغريب من المرسل ، وأنه ليس هو المصلحة المرسلة التي وقع الخلاف فيها بين العلماء ، في حين أن البعض الآخر ، يطلق المصلحة المرسلة على الغريب من المرسل ، وينسب القول به إلى مالك ، ويبقى على الملائم المرسل كما هو لا يسميه مصلحة مرسلة ، ولكن الكل متفق على أن جمهور الحنفية يأخذون بملائم المرسل ، أو على الأقل يجب منهم قبوله ، لأن قواعدهم في شرط التأثير تقتضي ذلك ، وهذا القدر كاف ولا يهمنا كثيراً أن يسمى الأحناف هذا الملائم مصلحة مرسلة أو يكتفون بأنه ملائم مرسل . مادام الاتفاق على تحديد معناه حاصلاً ، وهو أنه وصف لم يعتبر الشارع عينه في عين الحكم ، وإنما اعتبر جنسه في جنس الحكم وهذا هو تعريف المصلحة المرسلة ، فلقد رأينا أكثر من مرة أنها المصلحة الملازمة لجنس تصرفات الشرع ، وذلك بأن تكون داخلة تحت جنس اعتبره الشارع في الجملة بغير دليل معين ، وعرفنا أن المراد بالدليل المعين ، الدليل الذي يشهد لاعتبار عين المصلحة ، وليس المراد به ما يمكن

(١) فوائح الرجوت بدمرح مسلم الثبوت ج ٢ ص ٢٦٦ .

(٢) نفس المرجع ج ٢ ص ٢٧٠ .

إظهاره وتعيينه ، فإن كل مصلحة مرسله ، يمكن فيها تعيين الأدلة الشاهدة
لجنسها بالاعتبار ، ولكنه ليس هناك دليل من هذه الأدلة يشهد لعين
المصلحة المرسله ، وإنما يشهد لجنسها . فالحكم على شارب الخمر بثمانين
جلدة ، حد القاذف ، لأن الشرب مظنة القذف يصدق عليه أنه من باب
الملائم المرسل ، وذلك لأن الشارع لم يعتبر عين مظنة القذف في عين الحكم
يجلد الشارب ثمانين ، وإنما اعتبر نوعاً من جنس الوصف ، في نوع من جنس
الحكم ، فقد حرم الخلوة بالأجنبية ، لأن الخلوة مظنة الزنا ومظنة الزنا نوع من
الوصف مغاير لمظنة القذف ، وقد اعتبر من نوع الحكم ، وهو حرمة
الخلوة ، مغاير للجلد ثمانين ، ولكن يجمع الوصفين جنس واحد ، هو مطلق
مظنة ، كما يجمع الحكمين جنس واحد ، وهو مطلق حكم يعطى مظنة الشيء
حكم الشيء نفسه .

وتضمن الصناع محافظة على أموال أصحاب السلع من الضياع ، يمكن أن
يقال فيه إنه من باب ملائم المرسل . وذلك لأن الشارع لم يعتبر عين
المحافظة على أموال أرباب السلع ، في عين وجوب الضمان . ولكن اعتبر
وصفاً من جنس هذا الوصف . مناطاً لحكم من جنس هذا الحكم . وذلك
بالمنع من تالقي الركبان . محافظة على مصلحة عامة أهل السوق . فمصلحة عامة
أهل السوق ، ومصلحة عامة أرباب السلع يدخلان تحت جنس واحد هو
أنهما مصلحة عامة . والحكم بضمان الصناع . وبمنع التلقي . يدخلان تحت
جنس واحد هو المحافظة على مصلحة عامة في مقابلة مصلحة خاصة .

والخلاصة أن الأحناف يحتجون بالمصالح المرسله الملائمة لجنس
تصرفات الشرع . والتي شهدت نصوصه لجنسها في الجملة . وذلك لأنهم
يحتجون بالمناسب إذا توافر فيه شرط التأثير . وقد رأينا أن التأثير قد توافر في
لمرسل الملائم الذي هو المصلحة الملائمة . بل إن بعضهم يقصر المصلحة
المرسله على هذا النوع ، حاكياً الإجماع على رد العريب من المرسل ؛ وهو
المصلحة الغريبة .

المبحث الثالث

نوع الاستدلال بملائم المرسل

بعد أن رأينا كتاب الأصول من الأحناف يصرحون بأن ملائم المرسل مناسب توافر بالنسبة له شرط التأثير ، وأنه يجب من الحنفية قبوله والاحتجاج به بناء على هذا الأساس نجدهم يختلفون في نوع الاستدلال به ، أهو قياس حذف منه الأصل ، أم علة شرعية ثابتة بالرأى بمنزلة النص ، أو قياس كبقية الأقيسة ، يذكر الفقيه فيه الأصل الذي يشترك الفرع معه في جلس العلة ، ويمتثل منه إليه حكماً من جنس حكمه . وسمع معنى إلى عبارة بعض الأصوليين من الأحناف يصور هذا الخلاف :

يقول صاحب مسلم الثبوت (١) : « والجمهور على أن التعليل بالمثل ، من واحد من أقسام الافراد والتركيب ، مقبول فإن كان عينه (الوصف) أو جنسه ، في عين الحكم فقياس اتفاقاً ، لوجود الأصل الذي يوجد فيه عين العلة فيتعدى منه عين الحكم ، وإن كان تأثير عينه أو جنسه في جنسه ، أي جنس الحكم ، فقيل « هذا أيضاً قياس ، واختاره الإمامان شمس الأئمة ، وفخر الإسلام ، إلا أنه قد يذكر الأصل ، وقد يترك لوضوحه ، كما في مسألة إيداع الصبي ، يعني إذا أودع رجل ماله عند صبي ، إذا استهلكه لا يضمن ، لأنه مسلط من جهة المالك على إهلاكه ، فلا يضمن كالمباح له بالاستهلاك ، فهذا الأصل قد يذكر ، وقد يترك . وقيل ليس هذا بقياس ، بل علة شرعية ثابتة بالرأى ، فيكون بمنزلة نص لا يحتاج إلى أصل ، ليقاس عليه ، والحق أنه يقاس ، لا لأن الأصل ما يوجد فيه عين العلة ، وهو متروك ، بل لأن

(١) مسلم الثبوت ٢ : ٢٦٩ .

الجنس إذا اقتضى الجنس من الحكم ، بأن أثر الجنس في الجنس ، تنوع اقتضاؤه في الأنواع ، بفصول متنوعة ، أى اقتضى الجنس للعلة ، في كل نوع منها نوعاً من الحكم الذى يناسبه ، فأنواع الحكم من لوازم تحققه ، أى تحقق ذلك الجنس في الأنواع . فالأصل في هذا القياس هو ما تحقق فيه جنس العلة موجباً لجنس الحكم فيتعدى هذا الجنس إلى فرعه الذى هو نظيره في هذا الجنس ، لكن يتحقق في نوع مناسب لهذا المحل ، يتنوع اقتضاء هذا الجنس في هذا المحل ، كضرورة اقتضت في الاضطراب حل الميتة ، لأن اقتضاءها فيه يناسبه ، واقتضت في الطواف طهارة سؤر الهرة ، كما يناسب الطواف ذلك ، واقتضت عند وجود ماء الشرب فقط جواز التيمم إلى غير ذلك . يعنى الضرورة جنس اقتضت التخفيف ، وله أنواع يوجد في كل مادة نوع منه مع ما يناسبه من أنواع الضرورة ، فكل نوع من الحكم يصلح مقيساً عليه لآخر ، إن كان حكمه منصوفاً أو مجمعاً عليه . فالمظهر للتأثير والاعتبار هو الأصل الذى أثر الجنس في جنس حكمه المنصوص أو المجمع عليه ، وهذا ، أى التساوى في جنس الحكم ، نحو من المساواة المطلقة المعتبرة في مطلق القياس المعرف بمساواة الفرع للأصل لأنه المراد أهم من النوعية أو الجنسية . .

فالذى يؤخذ من هذا النص أن كتاب الأصول الاحناف يختلفون في تكييف الأخذ بملائم المرسل أو المصلحة المرسل على الوجه الآتى :

١ - يرى فريق من هؤلاء الكتاب أن الاستدلال بملائم المرسل ليس قياساً ، بل علة شرعية ثابتة بالرأى ، فتكون بمنزلة نص لا يحتاج إلى أصل ليقاس عليه . وحجة هذا الفريق أن القياس يعتمد التسوية بين الفرع والأصل في نوع العلة : ويثقل به عين حكم الأصل إلى الفرع ، أو بعبارة أخرى يقصد هذا الفريق بالقياس تعدية حكم بعينه من محل النص إلى غير

محل النص بعلة هي الموجبة في محل النص . وعلى هذا فإن القياس عند هذا الفريق لا يشمل ما إذا كان اشتراك الأصل والفرع في جنس العلة ، وكان الحكم المراد نقله للفرع من جنس حكم الأصل ، وهذا هو الشأن في المصلحة الملائمة ، أو ملائم المرسل . وباختصار فإن هذا الفريق يرى أن القياس مساواة مخصوصة بين الفرع والأصل ، ويعنى بها مساواة الفرع للأصل في عين العلة والحكم . ويمكن التمثيل لطريقة الاستدلال بملائم المرسل على أنه علة شرعية ثابتة بالرأى على رأى هذا الفريق بأن يقال « أن الشارع قد اعتبر الضرورة في التخفيف ، وهذه علة شرعية ثابتة بالرأى ، فتقوم مقام النص على أن الضرورة أو المشقة توجب التخفيف . ويخطو الفقيه في هذا السبيل خطوتين ، الأولى : إقامة الدليل على تأثير الضرورة في التخفيف وذلك بإيراد فروع يتحقق فيها أنواع من جنس الضرورة ، وأثبت الشارع فيها أحكاماً من جنس ما فيه تخفيف . والثانية : أن يثبت أن الإجماع قد قام على أن كل حكم فيه تخفيف ثبت في أحد هذه الفروع كان مناطه أن هذا المحل فيه وصف من جنس المشقة والضرورة . فيقول على سبيل المثال : إن الشارع نص على أن المسافر يقصر ويجمع ويفطر ويجوز له التيمم ، وكذلك أن السفر نوع من المشقة ، وكل هذه الرخص من جنس التخفيف ويقول : إن المريض يفطر وبصلى قاعداً ويجوز له التيمم ، وذلك لأن المرض نوع من المشقة والضرورة ، وهذه الأحكام الخاصة بالمريض فيها تخفيف . وبالمثل فإن المضطر يباح له أكل الميتة ، وإساعة اللقمة بالخر ، وأكل مال الغير وهكذا ، لأن الاضطرار للطعام هنا من جنس الضرورة والمشقة وجواز أكل الميتة ومال الغير حكم فيه تخفيف ويقول : إن الحيوان الذي يكثر طوافه وربما يشرب من الماء وغيره لا ينجس الماء وغيره لأن في القول بالتنجيس مشقة فيكون الطواف نوعاً من الحرج والضرورة والحكم بالطهارة من جنس التخفيف . وهكذا حتى تثبت له قاعدة المشقة تجلب

التيسير، فتكون علة شرعية ثابتة بالرأى يحقق مناطها في كل جزئى يندرج تحتها دون إجراء قياس أو غيره .

وهذا يتفق مع قول الشاطبي أن المعنى إذا استقرىء من نصوص الشريعة ، استطاع المجتهد أن يطبقه على الجزئيات ، كما يطبق العام المأخوذ من الصيغة دون حاجة إلى إجراء قياس أو غيره ، بل إن الشاطبي يصرح بما صرح به هذا الفريق من أن هذا المعنى المستقرأ من عدة نصوص كقاعدة الضرر يزال ، وقاعدة دفع الحرج في الدين ، وقاعدة عدم مسئولية الشخص عن جريمة غيره ، يعد في قوة الاحتجاج كالعام المستفاد من الصيغة تماماً ، وأنه ما دام العام المستفاد من الصيغة يطبق على الأفراد دون حاجة إلى صيغة خاصة بكل فرد فإن العام الاستقرائى كذلك . وهذا معنى قول هذا الفريق من الحنفية أن المناسب الذى أثر جلسه في جنس الحكم يسمى علة شرعية ثابتة بالرأى والاجتهاد والاستنباط ، وأنها تقوم مقام النص ، والجنس الذى يقصده هذا الفريق هو المعنى الذى يقصده الشاطبي مع تقارب في العبارة ، بل إن هذا المعنى هو الذى يقصده الغزالي الشافعى رضى الله عنه عندما يقرر أنه إذا تم للمجتهد التوصل إلى مقصود شرعى فإن هذا المقصود يعد حجة قاطعة لا يحتاج المجتهد في تطبيقها على الجزئيات والأفراد إلى نص خاص . والغزالي عندما يقول إنما إذا فسرنا المصلحة بالمحافظة على مقصود الشارع فهى حجة قطعية لا ينبغي الخلاف فيها يقصد من ذلك ما يقصده هذا الفريق من الحنفية ، أى العلة الشرعية الثابتة بالرأى أو المعنى العام المستقرأ من النصوص . ولذلك يقول الغزالي إن مقصود الشارع تقليل القتل ما أمكن إن لم يمكن سد بابة جملة ، فهو يعتبر هذا مصلحة كلية ، أى معنى مستقرأ من نصوص الشريعة ، فإذا كان هذا هو المقصود بالمصلحة المرسلة ، فإن الغزالي يقول أنها قطعية ، والظن في تحقيق مناطها في حالة معينة وفي ظروف خاصة . وبذلك نجد الحنفية والمالكية والشافعية يتفقون على اعتبار المصلحة

المرسلة بهذا المعنى أى ما اعتبر فيه الجنس فى الجلس دون نص خاص يقيد النوع فى النوع حتى يمكن القياس .

٢ — ويرى فريق آخر من الحنفية أن الاستدلال بما اعتبر جلسه فى جنس الحكم قياس ، وليس علة شرعية ثابتة بالرأى — ويبنى هذا الفريق رأيه على أساسين : أولهما أن القول بأن الحكم يثبت وفقاً لعلّة شرعية ثابتة بالرأى ، معناه أن الشريعة تثبت بالرأى ، وهذا لا يجوز القول به ، إذ لا رأى فى إثبات الحجج الشرعية ، والقول بأن المناسب الذى اعتبر فيه الجنس فى حجة الفقه يؤخذ منه ويبنى عليه ، مع القول بأنه علة ثابتة بالرأى تناقض واضح ، إذ الحجج الشرعية تثبت بالنقل لا بالرأى . والأساس الثانى أنه لا يشترط فى القياس أن يتحد حكم الأصل وحكم الفرع ، بل إن المساواة المطلوبة فى القياس بين حكم الأصل وحكم الفرع مساواة مطلقة أعم من المساواة النوعية أو الجنسية وأنه لا مانع من القول بأن حكم الأصل هو الجنس ولكن هذا الجنس عندما ينقل إلى الفرع ويثبت فى الفرع منه نوع يتفق مع نوع الوصف الموجود فيه والذى هو بالضرورة مغاير للوصف الموجود فى الأصل .

غير أن هذا الفريق فى الواقع لم يفهم مقصود الفريق الأول من عبارة « علة شرعية ثابتة بالرأى » . فمن الواضح أن المقصود أن هذه القاعدة العامة أو المصلحة الكلية علة ثابتة بالاستنباط ، وكل استنباط لا يمكن أن يتم إلا بالرأى ، ولكن الرأى والعقل هنا يعمل من وراء النص ، والنقل قد دل على صحة هذه العلة وذلك بالنص على فروع أثر فيها نوع الوصف فى نوع الحكم أو قام الإجماع على ذلك . فقاعدة الضرر يزال علة شرعية ثابتة بالرأى ، لكن مجال الرأى هنا ليس فى إنشاء العلة إنشاءً ، وإنما فى استنباطها من نص الشارع على اعتبار الضرر منطاً لأحكام تتضمن إزالة الضرر فى فروع كثيرة .

٣ - وهناك فريق ثالث يقول إن الاستدلال بملائم المرسل قياسى كالفرق الأول ، إلا أنه يصرح بأن هذا القياس قد حذف منه الأصل لوضوحه ، ومعنى هذا أن الفقيه لا يلزم بذكر هذا الأصل وبيان وجه اشتراك الفرع معه فى عين العلة وعين الحكم . وهذا نوع من الاجتهاد غير جائز فى نظرنا إذ لا بد للفقيه من ذكر الأصل الذى يقيس عليه فى القياس ، أو الذى يشهد لجنس المصلحة فى المصالح التى لا يمكن فيها إجراء القياس بمعناه الضيق . أما أن ترسل الفتوى لإرسالا دون بيان لمدرکہا من الأصول فهو مما لا يجوز ولا يصح فى المناظرة .

فأنت ترى من هذا أن غموض مراد الحنفية من الاستحسان جعل بعض الناس يطعن على =

ولذلك حاول أصحاب أبي حنيفة رضى الله عنه أن يحددوا المراد من الاستحسان الذى نسبوا إلى إمامهم كثرة القول به مما يثبت أنه غير خارج عن الأدلة الشرعية .

وسوف أعرض تعريفات الاستحسان عند الحنفية ثم أذكر أقسامه ، وأخيراً ، أبين وجه رجوعه إلى الأدلة الشرعية وذلك فى مباحث ثلاثة :

المبحث الأول

تعريف الاستحسان

لقد حاول شيوخ الحنفية أن يعرفوا الاستحسان الذى قال به إمامهم ، وكان حاصل هذه التعريفات أن الاستحسان عمل بدليل شرعى وليس تشريعاً بالهوى والتشهى ، كما فهم الذين رموا أبا حنيفة بأنه ترك النصوص وأهمل الأدلة ، وإليك هذه التعريفات :

١ — عرف بعض الحنفية الاستحسان بأنه «القياس الذى يجب العمل به ، لأن العلة كانت علة بأثرها ، سموا ضعيف الأثر قياساً ، والقوى استحساناً ، أى قياساً مستحسنًا ، وكأنه نوع من العمل بأقوى القياسين ، وهو يظهر من استقراء مسائلهم فى الاستحسان ، بحسب النوازل الفقهية (١) .

٢ — وفسره الكرخى بأنه «العدول عن الحكم فى المسألة بحكم نظائرها إلى خلافه لوجه أقوى ، (٢) .

= أبى حنيفة ، وبتهمه بأنه يقول بالرأى ، ويشرع بالتشهى ، وأنه لا يرمى ما للنصوص من قداسة . حيث إنه لم يقف عند حد النص ، يأخذ الحكم من لفظه أو يستنبطه من معقوله بطريق القياس ، بل إنه يلجأ إلى الاستحسان الذى لا ضابط له من الشرع ؛ إذ ليس أخذاً بنص ، ولا حملاً على هذا النص .

(١) نقله الشاطبى فى الاعتصام ج ٢ ص ١٣٨ .

(٢) المرجع السابق ج ٢ ص ١٣٨ .

٣ — وعرقه البعض بأنه : « العدول عن موجب القياس إلى قياس أقوى منه » .

٤ — ويعرفه شمس الأئمة السرخسي بقوله : « والاستحسان في الحقيقة قياسان ، أحدهما جلي ضعيف الأثر ، فيسمى قياساً ، والآخر خفي ، قوى الأثر ، فيسمى استحساناً ، أى قياساً مستحسنًا ، فالترجيح بالأثر لا بالخفاء والوضوح » . ويقول ^(١) : « الاستحسان ترك القياس ، والأخذ بما هو أوفق للناس ، وقيل الاستحسان طلب السهولة في الأحكام فيما يبتلى فيه الخاص والعام ، وقيل الأخذ بالسعة وابتغاء الدعة ، وقيل الأخذ بالسماحة ، وابتغاء مافيه الراحة . وحاصل هذه العبارات أنه ترك العسر لليسر ، وهو أصل في الدين ، قال تعالى : « يريد الله بكم اليسر ، ولا يريد بكم العسر » ، وقال صلى الله عليه وسلم « خير دينكم اليسر » ، ويان هذا أن المرأة عورة من قرنها إلى قدمها وهو القياس الظاهر وإليه أشار رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال « المرأة عورة مستورة » ثم أبيح به النظر إلى بعض المواضع منها للحاجة والضرورة ، فكان ذلك أرفق بالناس . »

٥ — وعرفه سعد الدين التفتازاني في شرح التوضيح بقوله : « الاستحسان دليل من الأدلة المتفق عليها ، يقع في مقابلة القياس الجلي ، ويعمل به ، إذا كان أقوى من القياس ، لأنه إما بالأثر . . . وإما بالإجماع ، وإما بالضرورة وإما بالقياس الخفي » ، (٢) .

والذى يؤخذ من هذه التعريفات أمور :

١ — أن الاستحسان في كل أنواعه عدول عن قاعدة عامة ، عموم نص ، أو علة قياس ، أو أصل مستنبط ، لدليل شرعى يقتضى ذلك العدول .

(١) المبسوط ج ١٠ ص ١٤٥ .

(٢) انظر شرح التلويح على التوضيح ج ٢ ص ٨٢ .

٢ - هذا الدليل قد يكون قياساً خفياً ، أو نصاً ، أو إجماعاً ، أو ضرورة أو قاعدة رفع الحرج . وإذا كان بعض الفقهاء قصر الاستحسان على القياس الخفى فى مقابلة القياس الجلى ، فإنه يقصد بيان نوع منه .

٣ - ذكر بعض الكتّاب الحديثين أن من أنواع الاستحسان ، الاستحسان بالمصلحة ، وبالعرف . وقال إنه استنبط هذا من المسائل التى رويت عن الحنفية ، وإن كان كتاب الأصول لم ينهوا عليها .

والواقع أن الاستحسان بالضرورة ، يدخل فيه الاستحسان بالمصلحة إذ المصالح المعتبرة هى المصالح الضرورية ، أو المصالح الحاجة العامة ، لأن الحاجة العامة تنزل منزلة الضرورة الخاصة . فمراد الأحناف بالضرورة المصالح الضرورية ، ومن المعلوم أن الحاجة العامة فى حق كافة الخلق تنزل منزلة الضرورة فى حق شخص واحد ، على أن صاحب المبسوط قد نبه إلى المصالح الحاجة العامة بقوله إن الاستحسان هو ترك القياس ، والأخذ بما هو أرفق للناس ، ، وبعد أن ذكر بعض العبارات القريبة من هذا قال : « وحاصل هذه العبارات أنه ترك العسر لليسر ، وهو أصل فى الدين ، قال الله تعالى « يريد الله بكم اليسر ، ولا يريد بكم العسر » . ثم يقول بعد ذكر أن المرأة عورة « ثم أيسر به النظر إلى بعض المواضع منها للحاجة والضرورة ، فمكان ذلك أرفق بالناس ، .

أما الاستحسان بالعرف فى غير موضع النص ، فإنه يرجع فى الواقع إلى مصلحة حاجة عامة ، ذلك أن أساس مراعاة أعراف الناس وعاداتهم ، أن فى مراعاة ذلك رفق ويسر ورفع الحرج والمشقة ، وهى قاعدة الحاجيات أو رفع المشقة كما سبق غير مرة .

مبحث الثاني

أقسام الاستحسان

وعلى هذا ينقسم الاستحسان أقساماً :

١ — الاستحسان بالنص : ومثاله الحديث الوارد في صحة صوم من أكل أو شرب ناسياً ، فإن القياس بمعنى القاعدة العامة يوجب الإفطار بكل ما وصل إلى الجوف ، ولكن أبا حنيفة يقول فيمن أكل ناسياً : « لولا قول الناس لقلت : يقتضى » ويعنى بذلك حديث « صم على صومك فإنما أطعمك الله وسقاك » ، وفي رواية عنه : لولا الرواية لقلت بالقياس^(١).

وهذا هو الشأن في كل النصوص الواردة على خلاف الأصول ، أو القواعد العامة المأخوذة بالاستنباط من نصوص الشريعة . إذا جاء النص على خلافها فإن الحنفية يسمون الأخذ بالنص الجزئى استحساناً .

والواقع أن جميع الأئمة يأخذون بالنص الجزئى إذا كان على خلاف الأصول والقواعد ، والخلاف بين الحنفية وبين غيرهم أنهم لا يسمون ذلك استحساناً^(٢) ، بل يكتفون بالقول بأن النص الوارد على خلاف القواعد أو على خلاف القياس يؤخذ به . ولكنه لا يقاس عليه .

٢ — الاستحسان بالإجماع : استحسان الإجماع أن يترك القياس ، سواء كان قياساً أصولياً ، أو قاعدة عامة مستنبطة ، إذا انعقد الإجماع على حكم يخالف الحكم الذى ثبت بهذا القياس . ومثال ذلك أن الإجماع قد انعقد على جواز عقد الاستصناع ، مع أن الأصل والقاعدة أن عقد

(١) حجة الله . باللغة ج ١ ص ١٦١ نقله صاحب رسالة تمليح الأحكام .

(٢) راجع في الاستثناء من القواعد والأصول المستنبطة ، الرسالة للشافعى ص ٥٤٩ ،

فتاوى ابن تيمية . ج ٣ ص ٢٧٨ ، ورسالة تمليح الأحكام ٣٣٨ .

الاستصناع غير جائز ، وذلك لانعدام محل العقد وقت التعاقد . ولكن
إجماع الأمة ، وعرف المسلمين في سائر الأعصار والأمصار ، قدم على
ما يقتضيه اطراد القواعد .

ومثلوا لهذا النوع من الاستحسان أيضاً باستحسان الأمة دخول الحمام
من غير تقدير أجره ولا مدة اللبث ، والقياس يوجب بطلان ذلك ، لأن
دخول الحمام عقد إجارة ، وقد دخلتها النجاسة من ناحيتين مقدار الماء
المعقود عليه ، ومدة اللبث ، وهو مدة الإجارة .

والواقع أن هذا الإجماع لم ينعقد دفعة واحدة ، ولكن عمل به البعض
بناء على قاعدة المصالح ، وسلم لهم بقية المجتهدين دون إنكار فصار ذلك
إجماعاً . فسند الإجماع إذن هي رعاية مصالح الناس الضرورية ، أو الحاجة
مادامت هذه الحاجة عامة ، والحاجة العامة تنزل منزلة الضرورة . وعلى
هذا يكون هذا النوع من الاستحسان سنده المصلحة الملائمة . والمصلحة هنا
هي أن نفى الفرد جملة من العقود مصلحة مكملة لأصل البيع أو الإجارة ،
والقول بمنع الفرد جملة يؤدي إلى سد باب التعاقد ، والقاعدة أن المصلحة
المكاملة إذا عادت على الأصل بالبطلان لم تعتبره وقد فصلنا شرح ذلك
فيما تقدم (١) .

٣ - الاستحسان بالقياس الخفي : الاستحسان بالقياس الخفي يرجع
إلى تعارض قياسين ، ويكون الترجيح بينهما بقوة التأثير والملائمة لجنس
تصرفات الشرع في العلة التي يبني على أساسها القياس ، فإذا كان أمام الفقيه
مسألة يمكن إرجاعها إلى أصليين فإنه يختار قياسها على الأصل الذي تتفق
معه في العلة المؤثرة .

وقد مثلوا له بمسألة سؤر سباع الطير . فقالوا : إن القياس يوجب نجاسة

(١) راجع ما تقدم .

سور سباع الطير ، وذلك بقياسها على سباع البهائم ، والعلة الجامعة ، أن لحم كل منهما نجس لا يؤكل ، هذا هو الظاهر . ولكن الفقيه إذا أمعن النظر وجد أن كون اللحم نجساً لا يؤكل ليس وصفاً مؤثراً في النجاسة وحده بل بضميمة شيء آخر إليه وهو نزول اللعاب المتصل باللحم النجس في الماء هذا هو الوصف المؤثر وليس فقط كون لحم سباع البهائم نجساً ، مادامت نجاسة اللحم لا تتصل بالماء عن طريق اللعاب المتصل باللحم النجس . وهذه العلة غير موجودة في سباع الطير ، لأنها وإن كانت نجسة ، إلا أن هذه النجاسة لا تتصل بالماء ، لأنها لا تشرب بفمها ، وإنما تشرب بمناقيرها التي لا لعاب فيها . فلم يمكن قياسها عليها ، فرجعنا إلى أصل الحل .

والواقع كما نرى أنه ليس هناك إلا قياس واحد . وأصل واحد . وعلة مسلمة في الفرع ، ولكنها ليست المؤثرة في الأصل ، والمؤثرة في الأصل غير موجودة في الفرع ، ولذلك ترك القياس . فقول الحنفية أن هناك قياسين تجوز . بل الحق أن هذا النوع هو قياس ظاهر ، رجع الفقيه لوجود الفارق بين الأصل والفرع ، وعلى كل حال فهذا إصطلاح من الحنفية ، ولا مشاحة في الاصطلاح ، وكل الفقهاء يسلكون هذه الطريقة في القياس ، والترجيح بين العلل ، واشتراطه التأثير . ولكنهم لا يسمون هذا استحساناً بل قياساً .

وقد مثلوا لذلك أيضاً بما إذا اختلفت البائع والمشتري في مقدار الثمن ، قبل أن يقبض المشتري السلعة . فإن القياس يقضى بأن على البائع إقامة البينة على الزيادة التي ينكرها المشتري ، وإذا لم يقيم البينة فإن المشتري يصدق بجمع بيمينه ، ولكن ترك هذا القياس أو تلك القاعدة ، وحكم بالتخالف بين البائع والمشتري استحساناً ، ووجه الاستحسان أن البائع وإن كان يدعى بزيادة الثمن ، فإن المشتري يدعى استحقاق التسليم بالثمن الذي دفعه . فكان كل واحد منهما مدعياً ومدعى عليه ، فعند عدم البينة يحلف كل منهما .

وأنت ترى هنا أيضاً أنه ليس هناك قياسان بالمعنى الأصولي ، وإنما هو قياس بمعنى عموم القاعدة أو النص ، وهو البينة على المدعى واليمين على من أنكر ، وكان هناك نظران في تطبيق هذا النص أو القاعدة على حالة ما إذا اختلف المتبايعان في مقدار الثمن والسلعة لم تقبض ، النظر الأول يقضى بأن البائع مدع والمشتري مدعى عليه ، وذلك لأن البائع يدعى أن الثمن أزيد مما يقر به المشتري ، والنظر الثاني يقضى بأن كلاهما مدع مدعى عليه في نفس الوقت ، وذلك لأن المشتري يدعى استحقاق السلعة بالثمن الذي أقر به ، وقد رجح الفقيه أحد التفسيرين على الآخر ، فليس فيه كما سنرى قياسين أحدهما ظاهر ضعيف الأثر ، وثانيهما خفي قوى الأثر . والذي فيه هو انطباق قاعدة عامة أو أصل من أصول الإثبات مأخوذ من معنى الحديث على واقعة معينة ، وتحقيق مناط القاعدة أو العلة أو الأصل على الجزئيات .

ولكن الأحناف يعبرون عن القاعدة العامة أو الأصل الكلّي أو العام المستفاد من الصيغة أو من استقراء مواقع المعنى قياساً . ثم يعبرون عن الخروج على ظاهر هذه القاعدة ، لمعنى خفي في الواقعة المخرجة يجعل مناط القاعدة غير متحقق فيها ، استحساناً أو قياساً خفياً ، قوى التأثير ، وملحظهم في ذلك أن هذه الواقعة إذا خرجت من قاعدة عامة ، أو خالفت مقتضى القياس . فإنها تدخل في نفس الوقت تحت أصل آخر . أو تندرج تحت قاعدة غير القاعدة الأولى . حيث إنه ليست هناك واقعة غفلا لا تدخل تحت قاعدة من قواعد الشرع ، لأن هذا هو الذي أخبر الله بعدم وقوعه في الشرع .

وأعتقد أن أحسن تعبير عن هذا النوع من الاستحسان هو القول بأن الاستحسان طرح لقياس يؤدي إلى غلو في الحكم ومبالغة فيه فيعدل عنه

في بعض المواضع لمعنى يؤثر في الحكم يختص به ذلك الموضع . وتفسير السكرخي بأنه العدول عن الحكم في المسألة بحكم نظائرها إلى خلافه لوجه أقوى .

فالذي في هذا النوع من الاستحسان هو عدول عن الحكم في الواقعة بمقتضى ما حكم به في نظائرها ، لوجه يقتضى هذا العدول ، وهذا الوجه هو بيان أن الواقعة وإن شاركت نظائرها في الظاهر ، وكان هذا الظاهر يقضى بأن يحكم في الواقعة بحكم هذه النظائر ، إلا أن الواقعة محل البحث تمتاز عن كل النظائر بمعنى يمنع إجراء حكم النظائر عليها ، أو يجعل مناط القاعدة أو الأصل أو القياس غير متحقق فيها .

وهذا نوع من الاجتهاد موجود في فقه الأئمة جميعاً ، وليس في فقه أبي حنيفة فقط . ولكن الشافعية لم يطلقوا عليه استحساناً ، بل عدوه تطبيقاً للقواعد ، وتحقيقاً لمناط العموم ، ليس إلا .

فهذا النوع من الاستحسان راجع إلى تحقيق مناط القواعد واطراد العلل ، وعلى كل حال . فإنه لا مشاحة في الاصطلاح . ولا حجر في التسمية مادامت الحقائق محل اتفاق .

٤ — الاستحسان بالضرورة : ومعنى هذا أن يكون القياس يقتضى حكماً معيناً في واقعة معروضة . ولكن يجد الفقيه أن هناك ضرورة تقتضى بإعطاء هذه الواقعة حكماً يخالف حكم القياس ، ومرة أخرى ، ليس المراد بالقياس هنا القياس الأصولي . وهو إلحاق الفرع بالأصل لاشتراكهما في علة الحكم ، بل المقصود به الأصل والقاعدة العامة ، سواء كان هذا الأصل عموماً منصوصاً ، أو مستنبطاً .

وقد مثل له الحنفية بمسألة طهارة الآبار . فقالوا إنه إذا وقعت في البئر

تجاسة ، فإن القياس واطراد القاعدة يقضى بأن هذه البئر لا يمكن تطهيرها .
وذلك لأن كل ماء يلقى في البئر للطهارة يتنجس بما فيها .

والقول بعدم طهارة البئر يوقع الناس في مشقة شديدة ، ويمنعهم من
حاجة ضرورية لهم ، هي استعمال هذه المياه ، في شئون الحياة والعبادة ،
فلذلك قرروا أن البئر تطهر بإلقاء قدر من الدلاء فيها . وقالوا إن الفتوى
بهذا سندها الاستحسان وليس القياس .

والضرورة كما علمنا قاعدة قطعية في الدين ، لم تؤخذ من نص واحد ،
ولم تعتمد على أصل معين ، وإنما أخذت من مجموع نصوص الشريعة بطريق
الاستقراء المفيد للقطع ، فالأخذ بها ، والرجوع إليها ، والتفريع على
أساسها عمل بالنصوص ، ورجوع إليها ، فليس فيها ترك لنص من غير دليل .
والأحناف يقصدون بقاعدة الضرورة المصلحة الضرورية الخاصة ،
والمصالح الحاجية إذا كانت عامة للخلق ، وكان في عدم الأخذ بها حرج
ومشقة شديدة خارجة عن الحد المعتاد في التكاليف الشرعية . وهذا هو
معنى المصلحة المرسلة ، فإن القائلين بالمصالح المرسلة يتفقون في الجملة على
اشتراط أن تكون المصلحة ضرورية أو حاجية ، ولا تدخل في باب التحسين
والتزيين البتة .

وقد رأينا الغزالي وإن قصر المصالح التي يحتاج بمجرد الحاجة على المصالح
الضرورية ، إلا أنه قد قرر أن الحاجة العامة في حق كافة الخلق تنزل منزلة
الضرورة في حق الشخص الواحد ، وقد حملنا عبارته في شفاء الغليل التي
تفيد الأخذ بالمصالح الحاجية ، على هذا المعنى ، أي الحاجة العامة لسكافة
الخلق .

ولمّا لم نفسر الضرورة في عبارة الأصوليين بمعناها الضيق ، لأننا
وجدنا الفقهاء والمخرجين في الفقه الحنفي ، يجعلون الحاجيات في درجة

الضرورات في الاستثناء بها من القواعد . بل وجدنا فروعاً فقهية كثيرة ، كان أساس الفتوى فيها هو الاستحسان ولم تكن الحاجة فيها تشكل ضرورة خاصة ، بل كانت حاجة عامة .

ففي تعريف السرخسى للاستحسان رأيناه يقول إنه ترك القياس ، والأخذ بما هو أرفق للناس ، وقيل طلب السهولة في الأحكام فيما يبتلى فيه الخاص والعام ، وقيل الأخذ بالسعة وابتغاء الدعة ، وقيل الأخذ بالسماحة ، وابتغاء ما فيه الراحة ، وحاصل هذه العبارات أنه ترك العسر لليسر ، وهو أصل في الدين ، قال الله تعالى : « يريد الله بكم اليسر ، ولا يريد بكم العسر » .

فهذا هو السرخسى الفقيه الحنفي ، يجعل الاستحسان ترك اليسر للعسر ، ثم يقول إنه أصل قطعي في الدين ، ويقول إن الاستحسان يقضى بجواز النظر إلى عورة المرأة للحاجة ، والضرورة . وهذا يؤيد ما قلناه من أن الحاجة منزلة منزلة الضرورة إذا كانت عامة في الخلق ، وأن قاعدة رفع الحرج ، وهي قاعدة قطعية في الدين ، قد تكون هي سند الاستحسان ، كما تكون قاعدة الضرورات سنداً له . ولقد سبق القول بأن قاعدة رفع الحرج الزائد والمشقة الشديدة ، قد تعمل في التخفيف من اطراد قاعدة الضرورات وذلك في الحالات التي يترتب على عدم مراعاة قاعدة منع الحرج ، فوات الضرورات نفسها . ورأينا أن قاعدة الحاجيات . وظيفتها أن تجعل قيام المكلف بالمصالح الضرورية غير شاق مشقة شديدة ، يتعذر عليه بسببها القيام بالضرورات نفسها ، أو تركها بعد فترة من الزمن .

وفوق ذلك فإن كتاب الحنفية يصرحون بأن الحاجة تنزل منزلة الضرورة ، يقول ابن نجيم في الأشباه والنظائر (١) : « والحاجة تنزل منزلة

الضرورة عامة كانت أو خاصة ولهذا جوزت الإجارة على خلاف القياس ،
للحاجة ، وكذلك قلنا لا تجوز إجارة بيت بمنافع بيت لاتحاد جذس المنفعة
فلا حاجة بخلاف ما إذا اختلفا ، ومنها ضمان الدرك ، جوز على خلاف
القياس . ومن ذلك جواز السلم على خلاف القياس ، لكونه بيع المعدوم ،
دفعاً لحاجة المفاليس ومنها جواز الاستصناع للحاجة ، ودخول الحمام مع
جمالة مكثه فيها ، وما يستعمله من الماء . وشربة السقاء ، ومنها الإفتاء بصحة
بيع الوفاء حين كثر الدين على أهل بخارى ، وقد سموه بيع الأمانة ،
والشافعية يسمونه الرهن المعاد .

والذى يؤخذ من هذا النص أمور :

أولها : يقول ابن نجيم أن الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو
خاصة ، والواقع أن الحاجة لاتنزل منزل الضرورة إلا إذا كانت عامة لكافة
الخلق ، ومع كثرة الأمثلة التى ذكرها ، ومنها المنصوصة ومنها المستنبطة ،
فإنه لم يذكر حاجة خاصة نزلت منزلة الضرورة ، بل كل الوقائع التى
قبل بها ، حاجة عامة . والشارع نفسه لا يجعل الحاجة الخاصة بشخص
واحد ، فى منزلة الضرورة ، بحيث يجوز لها المحذور ، ويخص بها عموم
النص ، أو يترك بها القياس ويستثنى بها من القواعد .

ثانيهما : أنه مثل وهو يقرر قاعدة الاستحسان بالحاجة المنزلة منزلة
الضرورة ، بأمثلة منصوصة ، وقد سبق أن هذا داخل فى الاستحسان بالنص ،
وذلك كما فى السلم والإجارة وغيرها بما ورد به النص على خلاف القواعد
المطرودة .

ثالثها : إنه ذكر الاستصناع ، ودخول الحمام ، وشربة السقاء ، ضمن
أمثلة الاستحسان بالحاجة المنزلة منزلة الضرورة وهذه قد أدخلها غيره فى
الاستحسان بالإجماع ، وبعضهم فى الاستحسان بالعرف ، والواقع أن

أساس الفتوى في هذه الوقائع هي الحاجة العامة المنزلة منزلة الضرورة ، وكانت هذه الفتوى بعد أن بدأ العرف يجرى بالتعامل بين الناس بها ، فالعرف الخاص قد وجد أولاً ، ثم أفتى الفقهاء بصحة هذه التصرفات التي جرى بها العرف ، ثم أصبح هذا العرف عاماً ، واستمرت الفتوى بصحة ما جرى به العرف .

فمن نظر إلى أصل بدء التعامل بهذه التصرفات قال إن أساس الاستحسان هو العرف ، ومن نظر إلى فتوى الفقيه بصحة هذا العرف قبل أن يصير عرفاً عاماً وإجماعاً عملياً ، قال إن أساس هذا الاستحسان هو المصلحة ، ومن نظر إلى اتفاق المجتهدين أخيراً على جواز هذا النوع من التصرف قال إن أساس الاستحسان هو الإجماع ، ولا تناقض في كلامهم جميعاً بل كل واحد نظر إلى هذه التصرفات من زاوية معينة ، وفي مرحلة من مراحل العمل بها .

وعلى كل حال فإن هذا يؤيد ما سبق أن قلناه من أن أساس صحة هذه التصرفات أنها محقة لمصالح حاجية للناس كافة ، فكانت منزلة منزلة الضرورات الخاصة ، وكان في إبطال ما جرى عليه العرف مما ليس فيه نص ، حرج ومشقة تأبأها قواعد الشريعة السمحة الرحمة .

المبحث الثالث

وجه رجوع الاستحسان إلى الأدلة

إن الذي يؤخذ من تعريف الأحناف للاستحسان الذي قال به إمامهم ، والأقسام التي ذكروها له ، والوقائع التي صرحوا بأن سند الفتوى فيها هو الاستحسان ، كل ذلك يدل على أمرين :

أولهما: أن الاستحسان الحنفي ، كالأستحسان المالكي ليس قولاً بالرأى .

أو تشريعاً بالهوى والتشهى، وأن المستحسن لم يرجع في استحسانه إلى مجرد ذوقه وتشهيه ، أو يشرع ما يوافق طبعه ، ويمنع ما ينافره . بل إن المستحسن ، إنما يترك قاعدة عامة أو قياساً ، لأن مناط القاعدة ، أو علة القياس ، لا يتحقق في النازلة المعروضة ، وذلك بأدلة شرعية لا ينازع الخصم في حجيتها ، ولا في أنه يخرج بها من عموم القواعد ، واضطراد القياس .

وإذا عرفنا أن الشافعى إنما شدد التمسك على الاستحسان بمعنى الفتوى ، بالتلذذ ، والتعسف في الحكم ، من غير نص أو حمل على نص ، فإننا نقطع بأن الشافعى لا يعيب على أبى حنيفة استحسانه ، مادام ذلك الاستحسان عملاً بالنص ، أو الإجماع ، أو القياس الأقوى ، أو المصلحة الضرورية أو البالغة مبلغ الضرورة . وقد رأينا أن الشافعى يحصر الأدلة في النص والإجماع والقياس ، ثم يدخل المصالح الكلية في باب القياس ، ويسميه أحد أتباعه قياس المعنى .

وثانيهما : أن سند الاستحسان في الواقع هو رعاية المصالح التى شهدت لها نصوص الشريعة ، سواء كانت هذه الشهادة بنص معين ، أو بمعقول نص معين ، أو بمعقول جملة نصوص اجتمعت على معنى واحد .

فإذا توصل الفقيه إلى قاعدة معينة ، ثم جاء النص الجزئى بإخراج جزئى يبدو لأول وهلة انطباق القاعدة عليه ، من هذه القاعدة ، فإن المجتهد يخرج هذه الواقعة الجزئية ، تحصيلاً للمصلحة التى دل النص الجزئى عليها ، وإذا كان عموم القاعدة ، أو اطراد القياس يقضى بإعطاء واقعة حكماً معيناً . ثم وجد الفقيه بثاقب نظره ، أن هناك معنى فى الواقعة ، يخرجها من نطاق تطبيق القاعدة ، أو عموم القياس فأخرج هذه الواقعة ، فإنه بذلك يطبق القاعدة أو يعمل بالقياس ، فى نطاق المصلحة ، إذ المصلحة تقضى بأن المساعدة

لا تطبق على جزئى إذا كان ذلك الجزئى فيه معنى يقتضى العدول به عن القاعدة ، إذ فى تطبيق القاعدة على هذه النازلة ، والحال كذلك ، مفسدة . وهذا هو معنى كون القياس يودى إلى غلو فى الحكم ومبالغة فيه . وعلى ذلك يكون الاستحسان بالقياس الخفى ، عمل بالمصلحة القاضية بأن انطباق قاعدة على بعض النوازل غير المتحقق فيها مناطها ؛ يجعل الحكم مجافياً لتصرفات الشرع . وفيه حرج ومشقة على الناس ، وقد جاءت الشريعة بأصل رفع الحرج والمشقة ، وبعبارة أخرى فإن الاستحسان بالقياس الخفى فى مقابلة القياس الجلى ، أو القاعدة العامة . تطبيق صحيح لهذه القاعدة ، أو القياس ، وليس خروجاً عليه ، مادامت الواقعة قد اشتملت على معنى يخرجها من هذا العموم أو بعضها من جريان علة القياس فيها .

وقد رأينا أن استحسان الإجماع أو العرف يرجع فى الواقع إلى استحسان المصلحة إذ الفقهاء إنما يجمعون على صحة ما تعارف عليه الناس لأن فى الحكم بصحته مصلحة تتفق مع تصرفات الشارع فى الجملة .

وأما استحسان الضرورة ، فهو استحسان بالمصالح الضرورية ، أو البالغة مبلغ الضرورة ، وذلك بسبب عمومها وشمولها لكافة الخلق دون فرد ، أو جماعة ، أو فئة أو طائفة . وبذلك يكون مرجع الاستحسان العمل بمصلحة جزئية فى مقابلة أصل عام ، أو قياس مطرد ، هذه المصلحة قد تعرف بالنص الشرعى الذى يخرج واقعة من حكم نظرأها ، وقد يتوصل إليها الفقيه بعلة خفية قوية التأثير ملائمة لتصرفات الشرع ، وقد يكون قاعدة المصالح الضرورية والحاجية هى الهادية له فى هذا الإخراج من الأصول .

الفصل الثالث

موقف الأحناف من الإخالة

ذكرنا أن بعض الأصوليين يجعلون القياس مستنبط العلة من قبيل الاستدلال المرسل . فإذا كان الحنفية لا يأخذون بالإخالة كطريق من طرق إثبات العلة ، ولا يقيسون ويفرقون معتمدين على مطلق المناسبة دون طلب النص الشاهد لها بالاعتبار ، كان معنى هذا أن الأحناف لا يأخذون بهذا النوع من المصالح .

ولقد رأينا أن كتاب الأصول يقررون أن الحنفية يشترطون النص أو الإجماع كدليل على مناط الحكم . وأنه إذا ورد حكم في واقعة ولا نص ولا إجماع على مناط هذا الحكم ، فإن الحنفى يقصر الحكم على محل الواقعة ، ولا يستجيز لنفسه أن يستنبط مناط الحكم لبعديه إلى ما اتفق معه في هذا المنط . والجمهور على أن للمجتهد ذلك .

ونحن إذا تصفحنا كتب الأصول التي تسند هذا القول إلى أئمة الحنفية وفقهاءهم لم نجد فيها ما يصلح مستنداً لرفض القول بالإخالة مع أن الفقه الإسلامى في مجموعه يعتمد على علل أخذت بالاستنباط من النصوص ، وليست مجمعة أو منصوفاً عليها ، وأن معظم الفروع فيه ترجع إلى قواعد فقهية هي التي نسميها مصالح كلية ، هذه القواعد أخذت بطريق الاستقراء من النصوص التي ثبت فيها حكم واستنبط المجتهد مناطه . والعلل المنصوصة أو المجمعة عليها في الفقه ليست كافية لاستنباط هذه الثروة الفقهية التي لم يسبق الفقه الإسلامى فيها فقه آخر . وإذا تصفحت كتب الحنفية لوجدت ثروة من الفقه لا تعتمد على علل منصوفاة بل على معان وحكم استنبطها الفقهاء

من الأحكام المنصوص عليها أو حتى المستنبطة من غيرها (١).

إن هؤلاء الأصوليين يستدلون على عدم إعتداد المناسبة وحدها دليلاً على عليه الوصف، بأن المناط الذى يستنبطه المجتهد والمناسبة التى يراها لا تستلزم اعتبار الشارع لها علة ومناطاً، فهناك أوصاف تبدو مناسبة للحكم، ومع ذلك فإن الشارع قد يلغىها، كما فى المناسب المعلوم الإلغاء، فلا يكون ما استنبطه المجتهد مناطاً شرعياً ويزيدون على ذلك بأن المجتهد إذا أداه اجتهاده إلى أن وصفاً معيناً هو مناط الحكم، على أساس أن بين هذا الوصف المستنبط وبين الحكم مناسبة، فإن للخصم أن يدعى أن هذا الوصف ليس بمناسب وأن عقله لم يقبله، وبذلك لا يصلح استنباطه حجة على هذا الخصم.

ويمكن أن يرد على هذه الشبهة بأننا لا نتطلب فى كل دليل من الأدلة الشرعية أن يفيد القطع، بل إن غالب الأدلة الجزئية التى يبنى عليها الفقه أدلة ظنية. والحنفية يسلمون معنا بأن المناسبة تفيد ظن اعتبار الشارع الوصف المناسب علة، ولكنهم يقولون إن هذا الظن قد يتخلف إذا ألغى الشارع هذا الوصف. ونحن نوافقهم فى ذلك ونقول إنما نعتبر الوصف المناسب حجة إذا لم يلغى الشارع. ولا يلزم من إلغاء الشارع وصفاً مناسباً إلغاء هذا الوصف المناسب الذى استنبطه المجتهد. فإذا قالوا لا نقبل الإخالة أو المناسبة، لأنها وإن كانت مفيدة للظن، لكنها ليست ملزمة لوضع الشارع عليها ما قامت به للتخلف. كما فى المناسب المعلوم الإلغاء (٢). فإننا نقول لهم إذن لا تستدلون بظاهر، ولا عام دخله التخصيص، لأن دلالة الظاهر والعام المخصص، هتكم ظنية، وهى وإن أفادت الظن إلا أن

(١) راجع فى معرفة الأحكام التى بناها الحنفية على قواعد أو مصالح كلية أخذت من أصول نص الشارع فيها على الحكم دون المناط . الأشباه والنظائر لابن نجيم .

(٢) مسلم الثبوت ٢ ص ٣٠١ .

هذا الظن ليس ملزوماً لاعتبار الشارع الظاهر في معنى ، دالا عليه دائماً لأن الشارع قد صرف كثيراً من الظواهر عن المعنى الظاهر إلى غيره ، والعام الذي خرج منه البعض يلغى ألا يصلح عندكم دليلاً على ما بقى من الأفراد ، لأن الشارع قد يخرج من هذا العام بعض الأفراد ، كما أخرج منه البعض الأول . مع أنكم قائلون بحجية كل ظاهر وإن احتمل غيره ، بل إنكم تجمعون دلالة العام على جميع الأفراد قطعية مع احتمال التخصيص كثيراً ، وقلتم إن احتمال التخصيص لا يمنع القطعية ولا يضعفها ، وإنما يمنعها التخصيص بالفعل . فلم لم تقولوا إنه إذا غلب على ظن المجتهد أن الحكم الذي نص عليه الشارع في محل قد شرع لمصلحة معينة فإنه يعمل بهذا الظن ، ولا يقدح في هذا الظن احتمال أن الشارع قد يلغى هذا الظن ، وإنما يقدح فيه الإلغاء بالفعل .

وقولهم : بأن تخرج المناط (المناسبة) لا ينفك عن المعارضة إذ يقول الخصم لم يقبل عقلي ،^(١) غير سليم ، ذلك أن هذا ممكن إذا كان المجتهد يقول هذا الوصف علة لأنه مناسب دون أن يبين وجه المناسبة ، والواقع أن المجتهد يبدى وجه المناسبة فيقبله العقل ، ولا يستطيع الخصم أن يقول لم يقبله عقلي ،^(٢) وعلى كل حال فإن المطلوب هو الحجية مطلقاً وهذه نسبية كما في كل ظواهر الكتاب والسنة فقدرى البعض أن دليلاً معيناً يفيد حكماً ما ويرى الآخر أنه يفيد حكماً مغايراً لهذا الحكم ، ولا يلزم بطلان اجتهاد أحدهما .

والخفية أنفسهم يعملون بالظن المجرد حتى مع اشتراطهم أن تكون العلة مؤثرة بالنص أو الإجماع ويظهر ذلك فيما يأتي :

١ - قالوا إن النص على أن مناط الولاية المالية هو الصغر كالنص على

(١) نفس المرجع ج ٢ ص ٣٠١ .

(٢) المرجع السابق ج ٢ ص ٣٠١ .

أن الصغر مناط لجنس الولاية . حتى قاسوا ولاية الزواج على الولاية المالية ، والشارع لم ينص على أن الصغر مناط ولاية الزواج ، وإنما نص على أنه مناط حكم آخر مغاير له ، فمن أين لهم أن اعتبار الشارع الوصف مناطاً لحكم يستلزم اعتباره مناطاً لحكم مغاير له ، والواقع أنه لا قطع في هذا وإنما هو ظن مجرد ليس بأقوى من الظن الحاصل بالمناسبة . فهم قد اعتمدوا على الظن أيضاً في حين أنهم يعيبون على الجمهور ذلك .

٢ - بل أكثر من ذلك هم قائلون باعتبار الجنس في الجنس ، ومعنى هذا أن الشارع إذا نص على أن المسافر يقصر الصلاة ، وقام الإجماع على أن مناط هذا الحكم هو مشقة السفر ، ونص على أن الحائض لا تقضي الصلاة ، وقام الإجماع على أن مناط هذا الحكم هو مشقة التكرار ، ونص على جواز أكل الميتة للمضطر ، وقام الإجماع على أن مناط الحكم هو مشقة عدم تناول ، ونص على أن سؤر الهرة طاهر ، وأن مناط الطهارة هو الطواف ومشقة الاحتراز عنه ، فإن الحنفى يأخذ من ذلك قاعدة عامة ومصلحة كلية هي أن المشقة تقتضي التخفيف والتيسير ، إذ مطلق المشقة جلوس ، وكل من مشقة السفر ، ومشقة التكرار ، ومشقة عدم الاحتراز ، ومشقة الجوع أنواع لهذا الجنس ، والتخفيف جلوس ، وكل من جمع الصلاة للمسافر ، وسقوطها عن الحائض ، وحل الميتة للمضطر ، وطهارة سؤر الهرة ، أنواع لهذا الجنس . وينطبق هذه القاعدة أو يحقق مناط هذه المصلحة الكلية في كل نازلة تحقق فيها هذا المنط ، بأن كان فيها نوع من أنواع المشقة يعطيها حكماً فيه تخفيف وتيسير . فإذا أردنا أن نعرف ما إذا كانت النعل تطهر بالدلك مثلاً ، فإن المجتهد يجيب بالإيجاب تطبيقاً لهذه المصلحة الكلية قائلاً إن خلع النعل فيه مشقة فالنازلة مما يتحقق فيها مناط القاعدة العامة ، وإذن فيجب أن يكون الحكم من جلوس التخفيف . وهو جواز الطهارة بالدلك .

والحق أن هذا الاستدلال نوع من أنواع الإخالة التي يقول بها الجمهور، فالشارع إنما اعتبر الطواف منوطاً لطهارة سور الهرة . فمن أين للحنفي أن الشارع قد اعتبر مشقة نزع النعل منوطاً لطهارته ، بالدلك ، إن اعتبار الشارع وصفاً معيناً مناطاً لحكم معين ليس مستلزماً لاعتباره وصفاً مغايراً لحكمه ، فالتص على أن مناط طهارة سور الهرة هو الطواف لا يستلزم الحكم بأن كل مشقة فيها التخفيف حتى يقال بأن الشارع يعتبر أن مشقة النزوع توجب طهارة النعل بالدلك .

فروع الحنفية تدل على أخذهم بالإخالة

وإذا كان الأصوليون الذين يقعدون أصول الحنفية يؤكدون أنهم يشترطون التأثير في العلل ، فإن دراسة الفقه الحنفي نفسه تفيد عكس ذلك ، فهم كثيراً ما يستنبطون العلل غير المنصوصة أو المجمع عليها . ويجعلونها أصولاً لقواعد عامة ومصالح كلية تطبق على النوازل التي يراد معرفة حكمها . ومن ذلك :

١ - أن الشارع نص على أن . في كل أربعين شاة شاة ، ولم ينص على مناط الحكم وعلمته ولم يقيم إجماع على تعيين هذا المنط ، فاستنبط الحنفية منه أن العلة التي أنط الشارع الحكم بها وعلقه عليها هي سد خلة المحتاج ، وبناء على هذه العلة المستنبطة بالرأى قالوا إن دفع قيمة الشاة يكفي في أداء الواجب . ويصور صاحب مسلم الثبوت هذا المعنى فيقول ، والحق أن مرادهم (الحنفية) أن وجوب الشاة يتضمن جواز بدلها في الأداء ، لأن المنظور في الزكاة المالية ، لأنها لدفع حاجات الفقراء . فلاح أن هذا استنباط للمنط ، (١) .

٢ - والشارع يقول في كفارة الظهار ، فمن لم يستطع فاطعام ستين

مسكيناً ، ولم ينص على مناط هذا الحكم ، ولم يقيم إجماع على ذلك ، فاستنبط الحنفية منه أن المناط سد الحاجة فقا سوا سد حاجة مسكين واحد في ستين يوماً على سد حاجة الستين في يوم واحد ، وفي ذلك يقول صاحب مسلم الثبوت « والحق أنه قياس الواحد في الستين من الأيام على الستين من المساكين ، لظهور أن المناط دفع حاجة هذا المبلغ في الحاجات ، (١) .

٣ - والشارع يقول « واعلموا أنما غنمتم من شيء فإن لله خمسة والرسول ولذي القربى ٠٠٠ ، فأوجب سهماً في الغنيمة لذوى القربى ، دون أن يبين مناط هذا الوجوب فقرر الحنفية أن المناط هو سد خلة المحتاج ، ولذلك منعوا غير الفقير من ذوى القربى سهمه . وهذا كما نرى استنباط للمناط بالإحالة إذ لا نص ولا إجماع على أن مناط وجوب السهم لذوى القربى هو سد خلة المحتاج حتى يخرج منهم من كان غنياً (٢) .

٤ - وقد علل أبو حنيفة وجوب الضمان في يد السوم بأنه أخذ على جهة الشراء ، والمأخوذ على جهة الشراء كالمأخوذ على حقيقته ، وقاس الرهن على ذلك ، وعلل الربا في الأصناف الستة بالقدر أو السكيل وقاس على هذه الأصناف غيرها ، وكل من هاتين العلتين غير مؤثر ، إذ لم يظهر بالنص أو الإجماع إضافة الحكم إلى هذين الوصفين في غير يد السوم ، والأصناف الستة ، وهو فيها متنازع فيه بين الفقهاء .

(١) مسلم الثبوت ج ٢ ص ٢٥٠ .

(٢) نفس المرجع ج ٢ ص ٢٨٠ . وقد ذكر الغزالي هذه الأمثلة الثلاثة في باب التأويل الذي يقول به الأحناف . راجع المستصفى ج ١ ص ٣٩٤ ، ٣٩٩ ، ٤٠١ ، وقد أنكر صاحب مسلم الثبوت أنها من التأويل وسلم أنها من قبيل استنباط العلة غير المنصوص عليها ، وحاول أن يفتي أن في استنباط هذه العلة ما يعود على الأصل بالطلاق . والذي يهمنا أنه يسلم أن هذا من باب استنباط العلة غير المنصوص عليها . وراجع مسلم الثبوت ج ٢ ص ٢٢٢ - ٣٥٠ ، وراجع أيضاً ج ٢ ص ٢٥٠ حيث يقول في بيان أن لإطعام الأعرابي الذي في رمضان كفارة لأهله موقوف العلة « لأنه كما أحد من الفقهاء فسد خلته كسد خلة الفقير الآخر وهو العلة .

هـ - وأخيراً ، فإننا نجد الحنفية يحكمون بميراث زوجة الفار معاملة له بنقيض مقصوده ، وليس هناك نص أو إجماع على تأثير الفعل المحرم لغرض فاسد في المعاملة بنقيض المقصود ، وإنما ورد عن الشارع حرمان القاتل من الإرث ، دون أن ينص على مناه هذا الحرمان ، والحنفية أخذوا هذا أصلاً لقاعدة عامة ومصلحة كلية طبقوها على الفار . وقد ذكر ابن نجيم هذه القاعدة تحت عنوان « من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه » ، قال : « ومن فرعها حرمان القاتل مورثه من الإرث . . . ومن فروعها لو طلقها ثلاثاً بلا رضاها قاصداً حرمانها من الإرث في مرض موته فإنها ترثه » (١) .

والخلاصة أن جل أقيسة الحنفية ، كبقية الفقهاء لا يمكن إرجاعها إلى علل مؤثرة نص عليها الشارع أو أجمع عليها المجتهدون ، بل معظمها علل أخذت بالاستنباط ، واعتمد فيها المجتهد على المناسبة . وبهذا لا يستقيم قول الأصوليين أن الأحناف لا يأخذون بالمناسبة وإنما يشترطون التأثير بالمعنى الذى ذكره .

خاتمة

وبعد فهذه بعض النتائج التي انتهى إليها هذا البحث :

١ - الشريعة الإسلامية وافية بحاجات الناس ، ونصوصها قادرة على تحقيق مصالحهم في كل واقعة تعن ، أو نازلة تحدث ، فليست تنزل بأحد من أهل دين الله فازلة إلا وفي كتاب الله الدليل على سبيل الهدى فيها .

٢ - الحكم الذي جاء به النص يحقق المصلحة ، ولا مصلحة في غيره ، ومن ثم بطل القول بتقديم المصلحة على النص الشرعى .

٣ - ما لم يرد فيه بعينه نص حكم من الوقائع يعطى حكماً يحقق مصلحة من نوع المصالح التي نص الشارع على أحكام تحققها ، أو مصلحة من جنس هذه المصالح .

٤ - المصلحة المرسله ليست هي الصورة الوحيدة من صور الاجتهاد في النوازل التي ليس فيها نص حكم شرعى ، وإنما هي أحد تطبيقات نظرية عامة تشملها مع غيرها من صور الاجتهاد التي تستند إلى أصل اعتبار المصالح في الأحكام . ومن أهم هذه الصور الاستحسان ، وسد الذرائع ، ومنع التحيل إلى إبطال المصالح الشرعية .

٥ - كل ضروب الاجتهاد المستندة إلى أصل اعتبار المصالح في الأحكام تعتبر استدلالاً بالنصوص الشرعية وليس فيها عمل بمصلحة مجردة ، ولا ترك لنص من نصوص الشريعة .

٦ - أبطلنا دعوى أن مالكا يقدم رعاية المصلحة على النص ، أو يتركها خبر الأحاد . وأنبتنا أن جميع الفتاوى التي نسبت إليه واتخذت دليلاً على هذه الدعوى ، غير مفيدة في هذا المطلوب ، وبيننا أسباب ذلك .

٧ - أثبتنا أن مذهب الطوفى يعنى تقديم المصلحة على الظواهر والعموميات التى تفيد الظن ، وليس تقديمها على النص الذى توافرت فيه القطعية من جهة المان والسند ، كما يرى ذلك البعض .

٨ - بينا أن مذهب الطوفى على التفسير الذى ارتضيناه لا يلتقى مع مذهب الإمام مالك فى المصلحة ، حتى على القول بأن مالكاً يخصص النص بالمصلحة أو يتركها خبر الآحاد ، وذلك لأن المصلحة التى يقصدها الطوفى هى حكم العقل المجرد ، فى حين أن المصلحة التى يعينها مالك هى المصلحة التى ترجع إلى أصل شرعى قطعى . فاختلف أساس المذهبين حتى مع القول بأن كلا من الطوفى والإمام مالك يخصص النص بالمصلحة . ولذلك كان مذهب الطوفى باطلا حتى على القول بأنه إنما يقدم المصلحة على النص الذى يفيد الظن .

٩ - أثبتنا أن جميع طرق الاجتهاد التى تتخذ من أصل اعتبار المصالح فى الأحكام نقطة بداية لها محل اتفاق بين المجتهدين على الأخذ بها فى الجملة ، على الرغم مما يظهر من عبارات بعض كتّاب الأصول الذين حكوا خلافاً بين الأئمة فى بعض هذه الطرق .

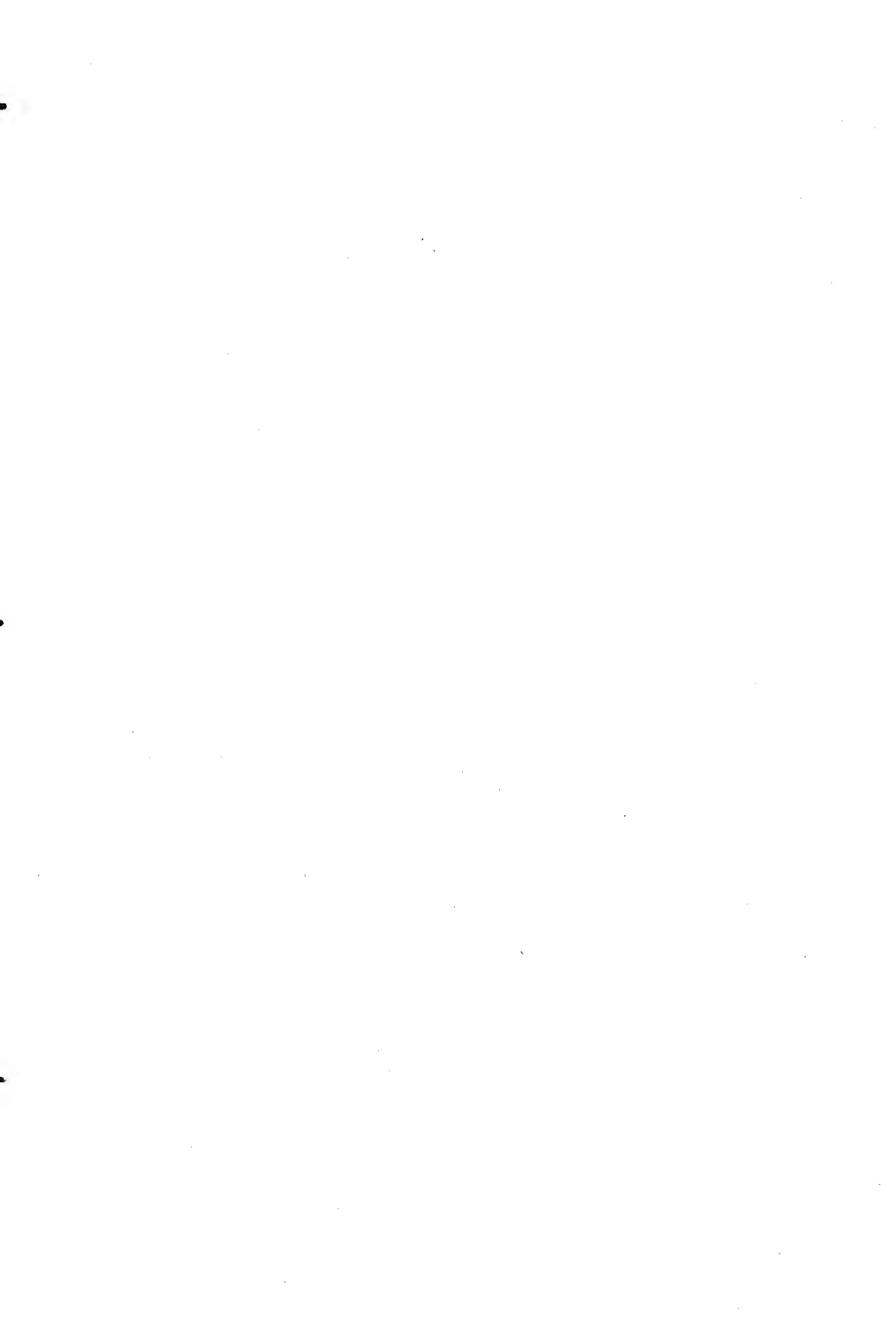
١٠ - أثبتنا أن الشافعى يأخذ بقاعدة الذرائع كقاعدة مطردة ، وأثبتنا بطلان دعوى ابن القيم رفض الشافعى لهذه القاعدة . ودعوى القرافى أنه يأخذ بها فى بعض الفروع دون بعض .

١١ - أثبتنا أن المصلحة التى لا تشهد النصوص الشرعية لنوعها ولا جلسها بالاعتبار مصلحة مردودة باتفاق ، ونهنا إلى أن هذه المصلحة ترادف الاستحسان الذى أنكره الشافعى وشدد النكير على القائلين به ، وهى المصلحة الغريبة التى حكى الغزالى والشاطبى الإجماع على عدم الأخذ بها .

وقلنا إن المصلحة التي يقول بها الطوفي لا تختلف عن هذا النوع من المصالح
المرددة إلا في أن الطوفي يقدمها على النص والإجماع

١٢ - أثبتنا أن الأحناف يشاركون الجمهور في جواز التعرف
على المصلحة التي قصد بالنص تحصيلها ، بطريق الاجتهاد إذا لم يدل النص
على هذه المصلحة . وناقشنا كتاب الأصول الذين يبعدون لفقه أبي حنيفة
ويقولون باشتراط النص أو الإجماع في اعتبار العلل والمصالح ، وقدمنا
من فقه أبي حنيفة ما يدل على أنه لا يشترط التأثير بالمعنى السابق في كل
مصلحة يفرع على أساسها .

١٣ - أثبتنا أن من حكى عدم القول بالمصالح المرسلة عن بعض المجتهدين ،
فالمصالح الغريبة التي لا تدخل تحت الأصول الشرعية عني ، وليس المصالح
الملائمة التي تشهد لها النصوص في الجملة . وبذلك يمكن التوفيق بين
ما انتهينا إليه من اعتماد المجتهدين جميعاً على المصالح المرسلة ، كما يؤخذ
من الفروع التي رويت عنهم ، أو الفتاوى التي نسبت لإيهم ، وبين تصريح
بعض كتاب الأصول بأن بعض المجتهدين يعتمد على المصالح المرسلة دون
البعض الآخر . بل وبين قول بعض الأصوليين أن أماماً من الأئمة يأخذ
بالمصالح المرسلة ، مع تأكيد البعض الآخر بأن هذا الإمام يرفض القول بها .
وأنهى بحثي هذا كما بدأته بحمد الله تعالى ، وأسأله أن يوفقني دائماً إلى
الصواب ، وأن يختم حياتي بصالح العمل . إنه سميع الدعاء .



المراجع

التفسير :

* الجامع لأحكام القرآن - (القرطبي) أبو عبد الله محمد بن أحمد - دار
الكتبة المصرية

* تفسير ابن كثير - (ابن كثير) عماد الدين اسماعيل - المنار

* مفاتيح الغيب - (الرازي) محمد فخر الدين - الخيرية

* البحر المحیط - (أبو حيان) محمد بن يوسف الأندلسي - السعادة

* أحكام القرآن - (ابن العربي) أبو بكر محمد بن عبد الله - دار إحياء
الكتبة العربية

* أحكام القرآن - (الجصاص) أبو بكر أحمد بن علي الرازي - البهية

* مجمع البيان - (الطبرسي) أبو علي الفضل بن الحسن - الإسلامية بطهران

* فتح البيان - (القفوجي) صديق بن حسن البخاري - الأميرية

* جامع البيان - (الطبري) أبو جعفر محمد بن جرير - دار المعارف

الحديث :

* المنتقى شرح موطأ مالك - (الباجي) أبو الوليد سليمان بن خلف - السعادة

* نيل الأوطار - (الشوكاني) محمد بن علي - إدارة الطباعة المنيرية

* شرح النووي على صحيح مسلم - (النووي) يحيى بن شرف - المصرية

* عمدة القاري بشرح البخاري - (العيني) بدر الدين محمود بن أحمد - المنيرية

* الزرقاني على موطأ مالك - (الزرقاني) محمد بن محمد عبد الباقي - الكستيلية

أصول الفقه :

- * الرسالة — (الشافعى) محمد بن إدريس — الحلبي
- * شرح جمع الجوامع — (الحلبي) شمس الدين محمد بن أحمد — الخيرية
- * حاشية البناني على جمع الجوامع — (البناني) عبد الرحمن بن جاد الله — الخيرية
- * شرح مختصر بن الحاجب — (العنجد) عبد الرحمن بن أحمد الإيجي —
الأميرية
- * حاشية السعد على بن الحاجب — (السعد) سعد الدين التفتازاني — الأميرية
- * نهاية السؤل شرح منهاج الوصول — (الأسنوى) جمال الدين بن عبد الرحيم —
السلفية
- * سلم الوصول لشرح نهاية السؤل — (المطيعي) محمد بن خيت — السلفية
- * فواتح الرحوت شرح مسلم الثبوت — (عبد العلى) محمد بن نظام الدين
الأنصارى — الأميرية
- * المستقصى — (الفزالي) أبو محمد محمد بن محمد — الأميرية
- * شفاء الغليل فى مسالك التعليل — (الفزالي) أبو محمد محمد بن محمد —
مخطوط بمكتبة الأزهر
- * المنخول — (الفزالي) أبو محمد محمد بن محمد — مخطوط بمكتبة الأزهر
- * البرهان — (الجوينى) إمام الحرمين عبد الملك بن عبد الله — مخطوط
بدار الكتب
- * الموافقات — (الشاطبي) ابراهيم بن موسى اللخمي — التجارية
- * الإحكام فى أصول الأحكام — (الآمدى) على بن أبى على — المعارف
- * التقرير والتحبير — (ابن أمير الحاج) محمد — الأميرية
- * التحرير — (ابن الهمام) كمال الدين محمد بن عبد الواحد — الأميرية
- * تنقيح الفصول — (القرافى) أحمد بن إدريس — الخيرية

- * إرشاد الفحول - (الشوكاني) محمد بن علي - الحلبي
 - * التلويح على التوضيح - (التفقازاني) سعد الدين - صبيح
 - * الاعتصام - (الشاطبي) ابراهيم بن موسى اللخمي - التجارية
 - * الإحكام في أصول الأحكام - (ابن حزم) أبو محمد علي بن حزم الظاهري
السعادة
 - * المصلحة في التشريع الاسلامي - الدكتور مصطفى زيد - دار الفكر العربي
 - * تعليل الأحكام - الأستاذ الشيخ مصطفى شابي - الأزهر
 - * ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية - محمد سعيد رمضان البوطي
رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الشريعة بجامعة الأزهر
 - * شرح الأربعين النووية - (الطوفي) سليمان بن عبد القوي
 - ملحق برسالة المصلحة في التشريع الإسلامي
 - * أصول التشريع الإسلامي - علي حسب الله - دار المعارف
- الفقه :

فقه المذاهب :

- * الأم - (الشافعي) محمد بن إدريس - الأميرية
- * المجموع شرح المذهب - (النووي) يحيى بن شرف - إدارة الطباعة المنيرية
- * شرح المنهاج - (المهلي) شمس الدين محمد بن أحمد - صبيح
- * حاشية قايوبى وعميرة - الشيخ شمس الدين القليوبى والشيخ عميرة - صبيح
- * المدونة الكبرى - مالك - السعادة
- * الشرح الكبير - (الدردير) أبو البركات - التجارية

* حاشية الدسوقي على الشرح الكبير - (الدسوقي) شمس الدين محمد عرفة -
التجارية

* المقدمات الممهدة - (ابن رشد) أبو الوليد محمد بن أحمد - السعادة

* حاشية المدوى على كفاية الطالب الربانى - (المدوى) على الصعيدى -
الخلوى

* بداية المجتهد - (ابن رشد) محمد بن أحمد الحفيد - صبيح

* فتح الجليل بشرح مختصر خليل - (الخرشي) محمد بن عبد الله - بولاق

* شرح الخطاب على مواهب الجليل - الخطاب - السعادة

* لباب الباب - (ابن رشد) محمد بن عبد الله - التونسية

* الفروع - أبو عبد الله محمد - القاهرة

◦ المغنى - (ابن قدامة) أبو الفرج عبد الرحمن - المغار

* بدائع الصنائع - (الكاسانى) - شركة المطبوعات العلمية

* المبسوط - (السرخسى) - السعادة

* حاشية رد المختار على الدر المختار - ابن عابدين - الأميرية

الفقه العام :

◦ الأشباه والنظائر - (السيوطى) عبد الرحمن بن أبى بكر - التجارية

* الأشباه والنظائر - (ابن نجيم) زين العابدين ابراهيم -

دار الطباعة العامرة بتركيا

* الفروق - (القرافى) أبو العباس أحمد بن دريس -

دار إحياء الكتب العربية

* الأحكام فى تمييز الفتاوى من الأحكام (القرافى) أبو العباس أحمد بن

إدريس - الأنوار

* قواعد الأحكام في مصالح الأنام - (ابن عبد السلام) محمد عز الدين عبد العزيز
— الاستقامة

* تخريج الفروع على الأصول - (الزنجاني) محمود بن أحمد - جامعة دمشق

* أعلام الموقعين - (ابن قيم الجوزية) محمد بن أبي بكر - التجارية

* الطرق الحسكية في السياسة الشرعية - (ابن قيم الجوزية) محمد بن أبي بكر
— الآداب

* مقاصد الشريعة الإسلامية - الشيخ محمد طاهر بن عاشور - تونس

* مالک - الأستاذ الشيخ أبو زهرة - دار الفكر العربي

* ابن حنبل - » » » » » »

* أبو حنيفة - » » » » » »

* الشافعي - » » » » » »

* القواعد - (ابن رجب) الحافظ أبو الفرج عبد الرحمن - الخانجي

* مجمع الضمانات - (البغدادي) أبو محمد بن غانم بن محمد - الخيرية

* التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي - الدكتور محمد وحيد الدين سوار -

دار الكتاب العربي

* مجموعة الرسائل والمسائل - ابن تيمية - المنار

* مفتاح دار السعادة - ابن قيم الجوزية - مصر

المعاجم :

* القاموس المحيط — (القيروز أبادى) مجد الدين محمد بن يعقوب —
العامرية .

* أساس البلاغة — (الزمخشري) أبو القاسم محمود بن هجر .
دار الكتب المصرية

* تاج العروس شرح القاموس ، محب الدين أو الفيض السيد محمد مرتضى

الزبيدي

* أقرب الموارد — سعيد الخورى الشرنوبى اللبنانى — اليسوعية بيروت

* مختار الصحاح — محمد بن أبى بكر بن عبد القادر — الأميرية .

* المنجد — لويس معلوف اليسوعى — الكاثوليكية بيروت

* المعجم الوسيط — مجمع اللغة العربية — مصر .

فهرس

الصفحة

مقدمة :

١	تمهيد
٣	أولاً : التعريف بالصلحة
٣	١ — المصلحة في اللغة
٥	٢ — المصلحة في الشرع
١٥	ثانياً : تقسيمات المصلحة
١٥	١ — من حيث اعتبار الشارع
٢٣	٢ — من حيث قوتها في ذاتها
٢٣	٣ — من حيث العموم والخصوص
٣٦	٤ — من حيث الثبات والتغير

الباب الأول

٤٧ نظرية المصلحة في الفقه المالكي

الأول الفصل

٥٠ المصلحة المرسلّة

٥١	المبحث الأول : تحديدها
٥٤	الفرع الأول : الاستدلال المرسل كما يؤخذ من الموافقات
٦١	الفرع الثاني : الاستدلال المرسل كما يؤخذ من الاعتصام
٦٨	المبحث الثاني : تطبيقات على المصلحة المرسلّة
٧٠	الفرع الأول : إجراء الاستدلال المرسل على بعض الفروع

الصفحة

٩٥	الفرع الثاني : نتائج دراسة هذه التطبيقات
١٠٧	المبحث الثالث : علاقة المصلحة بالنص الشرعى
١٠٧		تمهيد وتقسيم :
		الفرع الأول : رد شبه من نسبوا إلى مالك أنه يقدم المصلحة
١٠٨	على النص
١١٦		الفتوى الأولى : عدم وجوب الإرضاع على الشريفة
١٢٧	الفتوى الثانية : تضمين الصناع
١٣٨	الفتوى الثالثة : قبول شهادة الصبيان في الجراح
١٤٦	الفتوى الرابعة : هدة من تباعدت حيضتها
١٥٦	الفتوى الخامسة : قتل الزنديق المتستر
٢٦٣	الفتوى السادسة : سجن المتهم وضربه
١٦٤	أولاً : نسبة هذه الفتوى إلى مالك
١٦٨	ثانياً : هل هذه الفتوى تعارض النص
١٧٣		الفتوى السابعة والثامنة : جواز التعمير وتلقى الركبان
١٨١		الفتوى التاسعة والعاشر : الأكل من الغنيمة وقطع نبات الحرم
		الفرع الثاني : رد شبه من زعم أن مالكاً يترك خبر الواحد
١٨٣	بالمصلحة

الفصل الثاني

أصل اعتبار المآل

١٩٣		
١٩٣	المبحث الأول : مضمون الأصل وأدلة اعتباره
١٩٣	الفرع الأول : مضمون أصل اعتبار المآل
١٩٧	الفرع الثاني : أدلة اعتبار الشارع لهذا الأصل
١٩٩	المبحث الثاني : أهم تطبيقات أصل اعتبار المآل

- الفرع الأول : قاعدة الذرائع ٢٠٠
- المطلب الأول : التعريف بقاعدة الذرائع ٢٠٠
- أولاً : تعريف التذرع الممنوع ٢٠٠
- ثانياً : خلاصة هذه التعريفات وقیود التذرع الممنوع ٢٠٢
- المطلب الثاني — أدلة اعتبار الشارع لقاعدة الذرائع ٢١٩
- أولاً : النصوص الدالة على سد الذرائع ٢٢٠
- ثانياً : إشكال لقرا في ورده ٢٢٤
- المطلب الثالث — تطبيقات قاعدة الذرائع ٢٢٧
- الفرع الثاني : قاعدة الاستحسان ٢٤٢
- المطلب الأول — التعريف بالاستحسان ٢٤٢
- المطلب الثاني — دلائل قاعدة الاستحسان ٢٥٤
- المطلب الثالث — علاقة الاستحسان بالنص والمصلحة المرسلة ٢٥٨
- الفرع الثالث : قاعدة منع التحیل ٢٦٨
- المطلب الأول — تعريف التحیل ٢٦٩
- المطلب الثاني — الأدلة على قصد الشارع لمنع التحیل ٢٧٨
- المطلب الثالث — حکم التحیل ٢٨٨
- الفرع الرابع : بعض تطبيقات أخرى لأصل اعتبار المال ٢٩٨

الباب الثاني

نظرية المصلحة في الفقه الشافعي ٣٠٧

الفصل الأول

- المصلحة في الفقه الشافعي رضي الله عنه ٣١٠
- المبحث الأول : الاستدلال المرسل في فقه الشافعي رضي الله عنه ٣١٠
- الفرع الأول : إثبات أن القياس عند الشافعي يشمل المصلحة المرسلة ٣١١

- المطلب الأول - أصول الاستدلال عند الشافعى ... ٣١١
- للمطلب الثانى - معنى القياس عند الشافعى ... ٣١٦
- المطلب الثالث -- بيان وجه دخول المصلحة المرسله فى معنى
القياسى ... ٣٢٢
- الفرع الثانى : أدلة اعتبار الشافعى للاستدلال المرسل ... ٣٢٦
- المطلب الأول - إدخال كتاب الأصول الشافعية الوصف
الذى شهد الشرع لجنته فى المصلحة المقترنة
- الداخله فى باب القياس ... ٣٢٨
- للمطلب الثانى - كتاب الأصول الأحناف يحكون عن الشافعى
- القول بملأثم المرسل ... ٣٣٤
- المطلب الثالث - كتاب الأصول المالكية يصرحون باعتماد
الشافعى الاستدلال للمرسل ... ٣٣٦
- للمطلب الرابع -- الشوكافى ينسب إلى الشافعى الأخذ بالمصالح
للالامة ... ٣٤١
- المطلب الخامس - الزنجاني ينسب إلى الشافعى التمسك بالمصالح
للمستندة إلى كلى الشرع ... ٣٤٤
- المطلب السادس - أخذ الشافعى بالقياس فى الأسباب يعنى
القول بالمصالح المرسله ... ٣٤٨
- المطلب السابع - إمام الحرمين ينسب إلى الشافعى الأخذ
بالمصالح الشبيهة بالمعتبرة ... ٣٥٣
- للمطلب الثامن - الشافعى يستدل بالمصالح للمستندة إلى كلى
الشرع فى استنباط القواعد الأصولية ... ٣٥٨
- الفرع الثالث : علاقة المصلحة بالنصوص عند الشافعى ... ٣٧٠
- الفرع الرابع : عدم دخول المصلحة المرسله تحت الاستحسان الذى
رده الشافعى ... ٣٧٤
- المطلب الأول - معنى الاستحسان فى نظر الشافعى ... ٣٧٤
- المطلب الثانى - الأدلة التى ساقها الشافعى على بطلان الاستحسان ... ٣٧٧

صفحة

المطلب الثالث — بيان عدم شمول الاستحسان — كما عرفه	
الشافعى — المصلحة المرسله	٣٨٤
المطلب الرابع — علاقة الاستحسان الذى أبطله الشافعى	
بالاستحسان فى مذهب مالك	٣٨٨
المبحث الثانى : موقف الشافعى من قاعدة الذرائع	٣٨٩
الفرع الأول — الدليل على أخذ الشافعى بقاعدة الذرائع	٣٩١
أولاً — نص الشافعى على اعتبار القاعدة	٣٩٢
ثانياً — رأى شيوخ الشافعية فى القاعدة	٣٩٥
الفرع الثانى : رد شبه الداهيين إلى أن الشافعى لا يسد الذرائع	٤٠٠
أولاً — رأى ابن القيم	٤٠١
ثانياً — رأى القرافى	٤٠٦
ثالثاً — رأى الشاطبى	٤٠٩
الفرع الثالث : تطبيقات من الفقه الشافعى على قاعدة الذرائع	٤١٤

الفصل الثانى

نظرية المصلحة عند الغزالى	٤٢٤
المبحث الأول : مضمون نظرية الغزالى فى المصلحة	٤٢٤
المبحث الثانى : الاطوار التى مرت بها النظرية	٤٣١
الفرع الأول : عرض ما كتبه الغزالى عن المصلحة فى كتبه الثلاثة	
الأصولية	٤٣٥
المطلب الأول — الاستدلال المرسل كما يؤخذ من المنحول	٤٣٥
المطلب الثانى — الاستدلال المرسل كما يؤخذ من شفاء العليل	٤٤٢
المطلب الثالث — الاستدلال المرسل كما يؤخذ من المستصطفى	٤٤٦
الفرع الثانى : نتائج دراسة المصلحة من كتب الغزالى الثلاثة	٤٥١

صفحة

الباب الثالث

نظرية المصلحة في الفقه الحنبلي ٤٦٦

الفصل الأول

المصلحة في فقه أحمد بن حنبل ٤٦٧

المبحث الأول : المصلحة المرسلة في فقه أحمد ٤٦٧

الفرع الأول : إثبات اعتماد أحمد بن حنبل على المصالح المرسلة في

الاستنباط ٤٦٨

المطلب الأول — إثبات أخذ أحمد بالمصالح المرسلة ٤٧٥

المطلب الثاني — رد شبهتين على أخذ أحمد بالمصالح المرسلة ٤٧٤

الفرع الثاني : تطبيقات من الفقه الحنبلي على المصلحة المرسلة ٤٨٥

المبحث الثاني : سد الذرائع والمنع من التحيل ٥٠٩

الفرع الأول : مضمون قاعدة الذرائع ٥١٠

الفرع الثاني : أقسام الذرائع ٥١٤

الفرع الثالث : استدلال الحنابلة على قاعدة الذرائع ٥٢٢

الفصل الثاني

نظرية الطوفي في المصلحة ٥٢٥

المبحث الأول : مضمون نظرية الطوفي ٥٣٥

الفرع الأول : الأسس التي قامت عليها النظرية ٥٣٥

الفرع الثاني : أدلة النظرية ٥٤٣

المطلب الأول — الأدلة على حجية المصلحة ٥٤٣

المطلب الثاني — أدلة الطوفي على تقديم المصلحة على النص

والإجماع ٥٤٦

المبحث الثاني : مناقشة نظرية الطوفي ٥٤٧

الفرع الأول : مناقشة أدلة حجية المصلحة ٥٤٨

الفرع الثاني : مناقشة أدلة تقديم المصلحة على النص والإجماع ٥٥٢

الباب الرابع

نظرية المصلحة في الفقه الحنفي ٥٦٩

الفصل الأول

المصلحة المرسلة ٩٧٠

المبحث الأول تعريف التأثير الذي يشترطه الحنفية في العمل ٥٧٠

المبحث الثاني : بيان أن المرسل الملائم مناسب لتوافره فيه شرط

التأثير ٥٧٣

المبحث الثالث : تكليف الاستدلال بملائم المرسل عند كتاب

الأصول الأحناف ٥٧٩

الفصل الثاني

الاستعسان الحنفي ٥٨٥

المبحث الأول : تعريف الاستعسان ٥٨٦

المبحث الثاني : أقسام الاستعسان ٥٨٩

المبحث الثالث : بيان وجه رجوع الاستعسان إلى الأدلة الشرعية ٥٩٧

الفصل الثالث

موقف الأحناف من الإخالة ٦٠٠

خاتمة ٦٠٧

المراجع ٦١٠

الفهرس ٦١٦

رقم الإيداع بدار الكتب $\frac{٦٤٣٨}{١٩٧٠}$